ÉLÉMENTS

DE

DROIT ROMAIN

PAR

CHARLES MAYNZ

PROFESSEUR DE DROIT A L'UNIVERSITÉ DE BRUXELLES.

TOME PREMIER.

BRUXELLES.

MELINE, CANS ET COMPAGNIE.

LIBRAIRIE, IMPRIMERIE ET FONDERIE.

1845

A

Monsieur Blondeau,

Membre de l'Institut de France, professeur à la Faculté de Droit de Paris, professeur honoraire à l'Université de Bruxelles,

L'AUTEUR.

TABLE DES MATIÈRES.

INTRODUCTION.

Histoire des institutions politiques de Rome. — Sources du droit romain.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

Depuis la fondation de Rome jusqu'à la loi des Douze Tables (1-305 *de Rome.* — 753-449 *avant J. C.*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

Depuis la loi des Douze Tables jusqu'à la fin de la république (305-723 *de Rome.* — 449-31 *avant J. C.*)

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

TROISIÈME ÉPOQUE.

Depuis Auguste jusqu'à Dioclétien (723-1037 *de Rome.* — 31 *avant J. C.*- 284 *de l'ère chrétienne*).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

Depuis Dioclétien jusqu'à la mort de Justinien (1037-1318 de Rome. — 284-565 de l'ère chrétienne).

SECTION PREMIÈRE. — ORGANISATION DE L'ÉTAT.

SECTION II. — SOURCES DU DROIT.

LIVRE PREMIER.

Notions générales et préliminaires.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS. — DES ACTIONS.

LIVRE DEUXIÈME.

Des droits réels.

INTRODUCTION.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL ET DE LA POSSESSION.

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE.

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE.

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE.

INTRODUCTION.

HISTOIRE DES INSTITUTIONS POLITIQUES DE ROME. SOURCES DU DROIT ROMAIN.

IDÉES GÉNÉRALES SUR L'ORIGINE DU DROIT.

§ 1.

On assigne d'ordinaire aux lois des différents peuples une origine bien précise. C'est Moïse qui donne des lois aux Hébreux; Minos, aux Crétois; Lycurgue, aux Spartiates; Romulus et Numa, aux Romains. Il faut se garder de prendre ces traditions à la lettre. Les lois et les institutions d'un peuple ne s'improvisent pas. Tout au plus est-il donné à un homme de génie de saisir, comme d'un coup d'œil, l'ensemble des rapports qui se trouvent établis entre les membres d'une agrégation d'êtres humains, de coordonner méthodiquement ces rapports, d'en prévoir et d'en régler le développement. Encore cette tâche, à la naissance d'un peuple, paraît-elle au-dessus des forces d'un homme. Aussi les anciens, quand ils n'attribuent pas aux lois une origine divine, prêtent-ils du moins aux législateurs l'assistance d'une divinité.

L'amour du merveilleux et le besoin de simplifier toutes les causes, deux faits qui dominent l'esprit humain à son enfance, et qui agissent longtemps encore sur le vulgaire, même alors que les sociétés sont plus avancées dans la recherche de leur origine, expliquent assez comment ces traditions s'admettent et se perpétuent. Ce qui pourrait nous étonner davantage, c'est que des hommes éminents en aient subi l'influence à tel point qu'ils se sont crus assez forts pour marcher sur la trace de ces héros fabuleux et donner à des peuples qu'ils connaissaient à peine des législations qui sortaient de leur tête tout armées comme la Minerve de Jupiter. Ainsi Locke se crut appelé à être le Lycurgue de la Caroline; Rousseau rêva la réorganisation de la Corse et de

la Pologne [1]; Sieyès ne cessa d'inventer des constitutions pour la France; et Bentham essaya de créer pour l'Espagne un nouveau droit politique.

Ce n'est que vers la fin du dix-huitième siècle que ces théories superficielles et fausses furent sérieusement combattues. C'est à l'école historique que l'on doit ce progrès. Les jurisconsultes et les historiens de cette école n'admettent comme source du droit ni des révélations spontanées du génie des législateurs, ni des idées universelles et communes au genre humain. Ils soutiennent que chaque peuple forme un ensemble organique, distinct de tous les autres par sa nature même. Le caractère individuel d'un peuple, disent-ils, se révèle particulièrement de trois manières : d'abord par la *langue*, l'élément le plus caractéristique de toute nation; ensuite, par les *mœurs*, c'est-à-dire les habitudes de la vie sociale; et enfin par l'application de ce génie national aux relations des individus entre eux, ce qui constitue insensiblement *le droit de la nation*. De même qu'il est impossible de créer artificiellement une langue nationale, des mœurs nationales, de même on ne peut improviser un droit national; la source du droit n'est pas la loi; mais le droit existe de lui-même dès qu'un peuple existe. C'est la manifestation immédiate du caractère propre de ce peuple.

§ 2.

C'est avec raison que l'école historique combat l'hypothèse d'après laquelle les mœurs et les idées d'un peuple seraient des institutions artificielles, des créations arbitraires. Mais en admettant une origine spontanée, et pour ainsi dire instinctive, du droit, elle arrive en dernière analyse à nier l'humanité et à la remplacer par une foule d'êtres organiques distincts. Non; le droit n'est pas une création artificielle de tel ou tel homme de génie; mais il n'est pas non plus une manifestation presque matérielle et fatale du milieu spécial dans lequel vit et se meut telle ou telle portion de

[1] Cependant Rousseau, tout en sacrifiant aux anciennes traditions, comprenait fort bien que le droit d'un peuple doit être basé sur les mœurs, et il ne se faisait pas illusion sur les obstacles qui s'opposaient à l'exécution des projets dont l'avaient chargé quelques nobles Corses et Polonais. Pour s'en convaincre il suffit de lire ses lettres à M. Butta-Foco et les premières pages de ses *Considérations sur le gouvernement de la Pologne*, qui contiennent la protestation la plus éloquente contre la tendance aventureuse que nous avons signalée.

l'humanité qu'on appelle une nation. L'origine du droit est plus haut. C'est une idée générale et commune au genre humain, dont l'existence immédiate et éternelle résulte nécessairement de la nature libre de l'homme. Tout droit national n'est qu'une création postérieure, qu'une application de cette idée aux différentes relations qui se présentent dans la vie sociale. Cette application est plus ou moins heureuse, selon que la nation qui l'a faite a su maintenir l'idée originaire ou l'a laissée se modifier ou se dénaturer. Nous ne pouvons, à la vérité, montrer rigoureusement comment les diverses institutions de droits nationaux ont pu se former, parce que les renseignements historiques suffisants nous manquent. Encore ne serait-il pas impossible, à l'aide du peu de renseignements que nous avons, de découvrir et d'expliquer l'origine de beaucoup de ces institutions. D'abord ce qui milite en faveur de notre système, c'est l'uniformité des idées de droit chez la plupart des peuples sauvages dont les mœurs sont simples et paisibles. Ce n'est que lorsque l'augmentation de la population ou des événements extérieurs rendent plus difficile l'application des idées générales, que le droit national prend un caractère particulier, exclusif. C'est ainsi que le droit des Romains, restreints d'abord à un petit territoire, entourés d'ennemis et condamnés à des guerres continuelles dans lesquelles il s'agissait de l'existence de la nation, et même de tous ses membres, a dû nécessairement à toutes ces circonstances réunies un caractère très-prononcé d'individualisme et d'exclusivité. Par contre, les Germains, peuple à moitié nomade ou chasseur, occupant de vastes étendues de terres, ont un droit patriarcal et approchant du communisme [2]. Si nous trouvons chez eux une institution très-exclusive, le système féodal, cette aberration bizarre du droit germanique a une origine accidentelle bien précise; elle est due à la conquête, et à l'oppression, fruit de la démoralisation qui a suivi la conquête. Et la propriété romaine ne devrait-elle pas aussi son origine à la conquête? A Rome le javelot est le symbole de la propriété, et l'ancien terme dont on se sert pour la désigner, *mancipium*, signifie butin.

Quoi qu'il en soit, ce n'est pas ici le lieu d'entrer dans de plus grands détails; il nous suffit d'avoir fait entrevoir la possibilité

[2] Cette tendance de l'ancien droit germanique est si prononcée, que les savants qui se sont occupés de ce droit ne sont pas d'accord sur la question de savoir, si dans le principe il y avait une propriété individuelle chez les Germains.

que, nonobstant les idées communes au genre humain, des droits nationaux divers entre eux aient pu se former par suite de causes également diverses. Cela admis, il est évident que ces droits ont dû se former et se développer par la force des choses, sans qu'il fût besoin de l'intervention d'aucune autorité extérieure.

Mais plus le peuple et plus le droit s'étendent, moins ce développement naturel peut suffire. Les relations se compliquent, le nombre des citoyens s'accroît, l'expression du sentiment général s'affaiblit, ou du moins il ne peut plus s'appliquer instantanément et incessamment à tous les faits qui naissent. Alors il devient nécessaire de constater l'assentiment général et de le formuler en loi ; l'autorité suprême s'empare du droit, tantôt en suivant l'impulsion originaire, tantôt en cherchant à lui donner une autre direction. Presque partout nous voyons qu'aussi longtemps que durent les grandes luttes de la civilisation, le droit national s'éloigne de plus en plus des idées générales, du droit naturel. Mais lorsque ces crises sont passées, lorsque les institutions positives ont atteint leur apogée, on sent le besoin de quitter la voie exclusive. C'est alors à l'autorité législative de bien guider l'esprit de la nation ; c'est alors que la loi ne doit plus se borner à être l'expression des mœurs nationales ; elle doit en même temps servir d'éducation au peuple.

§ 3.

Nous trouvons ces différentes phases dans l'histoire du droit romain, quoiqu'à la vérité le dernier degré de son développement ne présente pas la solution heureuse qu'on aurait pu espérer. Le droit des Romains est aussi vieux que le peuple même. Il est vrai que presque tous les auteurs anciens le font dériver du pouvoir législatif des premiers rois ; mais les contradictions et les invraisemblances qui se trouvent dans leurs récits sont si frappantes que nous sommes forcés de les considérer comme appartenant à la mythologie des peuples. La science critique s'est occupée à y démêler le vrai. Le mérite des premières recherches en ce sens revient à de Beaufort, historien français qui vécut au commencement du dix-huitième siècle [3]. Vers la même époque, le juriscon-

[3] De Beaufort. *Sur l'incertitude des cinq premiers siècles de l'histoire romaine*. 1750, 2 vol.. — Le même. *La République romaine, ou Plan général de l'ancien gouvernement de Rome*. La Haye, 1766, 2 vol. Paris, 1767, 6 vo-

sulte napolitain J. B. Vico émettait des idées neuves et souvent fort heureuses sur l'organisation de Rome [4]. Enfin, de nos jours, Niebuhr opéra une révolution complète dans l'histoire romaine, et tout ce qui a été fait et découvert depuis n'est que la suite de l'impulsion donnée par lui [5].

Or, de toutes les recherches faites jusqu'aujourd'hui il résulte que l'origine du droit romain remonte aux premiers temps de l'État. Le droit à cette époque apparait extrêmement national et exclusif; peut-être y en eut-il même deux : l'un pour le peuple vainqueur, les patriciens; l'autre, pour le peuple vaincu, les plébéiens. Quoi qu'il en soit, ces deux éléments se confondirent, et la loi des Douze Tables, en modifiant et fixant le droit traditionnel, acheva presque entièrement leur fusion en un seul et même droit national (*jus civile Romanorum*).

Dès ce moment, l'influence de l'autorité législative devint plus forte. Mais ce furent les magistrats chargés de l'administration de la justice qui contribuèrent le plus à développer le droit existant. Les préteurs, suivant pas à pas le mouvement progressif des idées et de l'opinion publique, modifièrent peu à peu le jus civile et le ramenèrent à des idées moins exclusives, ou, comme les Romains disent, au *jus gentium*, c'est-à-dire au droit que les simples lumières de la raison ont fait établir chez tous les hommes, et qui est également observé chez tous les peuples.

L'œuvre des préteurs fut continuée et complétée par la science des jurisconsultes, qui parvint à son apogée dans les deux premiers siècles de l'ère chrétienne. Les empereurs, devenus dépositaires

lumes. — Au reste déjà avant de Beaufort quelques auteurs avaient révoqué en doute certaines parties de l'histoire romaine, entre autres Perizonius dans ses *Animadversiones historicæ*. Amsterdam, 1685.

[4] J. B. Vici *De universi juris uno principio et fine uno*. Naples, 1720. — *Liber alter qui est de constantia jurisprudentiæ*. Naples, 1721. — *Notæ in duos libros, alterum, etc.* Naples, 1722. — Le même. *Principj di Scienza nuova d' intorno alla commune natura delle nazioni*. Naples, 1725, 1730, 1744. Milan, 1801. — Une traduction française de ce dernier ouvrage a été publiée par M. Michelet sous le titre : *Principes de la philosophie de l'histoire, traduits de la* Scienza nuova *de J. B. Vico, et précédés d'un discours sur le système et la vie de l'auteur*. Paris, 1828.

[5] B. G. Niebuhr. *Römische Geschichte*. 3 tomes. Le tome premier parut en 1811; la quatrième édition en a été publiée en 1833 à Berlin; la troisième édition du tome II a paru en 1836; le tome III a été publié après la mort de l'auteur en 1832. — Une traduction française de cet ouvrage a été faite par M. de Golbéry. Paris et Strasbourg, 1829. 6 tomes (réimprimée à Bruxelles).

du pouvoir législatif, suivirent plus ou moins heureusement l'impulsion donnée; et à l'époque où ce mouvement s'arrête, nous trouvons la plupart des institutions du droit privé arrivées à un tel degré de développement qu'elles ont servi de modèle à presque toutes les législations modernes, et qu'aujourd'hui encore le droit romain, par application à ces législations, conserve l'autorité de *raison écrite*.

MONUMENTS ET OUVRAGES DE L'ANTIQUITÉ, SERVANT A L'ÉTUDE DE L'HISTOIRE DU DROIT ROMAIN.

§ 4. *Inscriptions, monnaies, documents authentiques.*

Les sources les plus pures auxquelles nous puissions recourir pour suivre l'étude du droit romain dans son origine et dans son développement historique, sont évidemment les monuments et les documents authentiques de l'antiquité qui sont parvenus jusqu'à nous; mais le nombre en est peu considérable, et sous ce rapport ils ont moins d'importance pour nous que les auteurs anciens, tant ceux qui se sont particulièrement occupés de notre science, que les autres, qui nous fournissent quelquefois des renseignements précieux.

Parmi les monuments de l'antiquité, nous distinguons en premier lieu les inscriptions [1], et notamment :

1. Des fragments de la loi *Thoria agraria* de l'an 647 de Rome. La même table d'airain, sur laquelle se trouve cette loi, contient de l'autre côté :

2. Une partie de la loi *Servilia repetundarum*, qui fut portée vers 650 de Rome.

3. Des fragments d'une autre loi *de repetundis*, probablement de la loi *Acilia*, d'une date un peu plus récente.

[1] Il ne peut entrer dans le plan d'un livre élémentaire de donner des renseignements complets sur toutes les inscriptions qui se rapportent au droit romain, et d'énumérer les ouvrages qui ont été écrits sur cette matière. Nous nous bornons à citer les collections de Gruterus : *Thesaurus inscriptionum*. Amsterdam, 1707, 4 vol., et de Grævius : *Thesaurus antiquitatum romanarum*. Utrecht, 1694-1699, 12 vol. Une collection moins étendue a été publiée par Orelli : *Inscriptionum latinarum selectarum amplissima collectio, etc.* Zurich, 2 vol. in-8. — Toutes les inscriptions qui ont quelque importance pour notre science seront rassemblées dans le recueil qui se publie actuellement à Bonn, sous le titre : *Corpus juris civilis antejustiniani* (V. § 6. Obs. 1).

4. Une loi connue sous le nom de *Plebiscitum de Thermensibus*, par laquelle les droits de cité libre furent accordés à la ville de Thermessus en Pisidie, vers 682 de Rome. Elle est gravée sur une table d'airain.

5. D'une grande importance sont les fragments d'une table d'airain, trouvée à Héraclée près de Tarente, en 1732, d'où ils ont reçu le nom de *Tabula Heracleensis.* L'un de ces fragments fut vendu en Angleterre, (de là *æs britannicum*); l'autre resta à Naples (de là *æs neapolitanum*). Actuellement tous deux se trouvent dans cette dernière ville. Le plébiscite qui y est gravé traite de l'organisation municipale en Italie, et date probablement de la fin du septième siècle de Rome.

6. Quelques chapitres de la loi *Rubria*, ordinairement appelée *de Gallia Cisalpina*, parce qu'elle règle l'organisation judiciaire et l'administration de la justice dans la Gaule Cisalpine. Table d'airain à deux colonnes, découverte à Veleja en 1760, actuellement au musée de Parme.

7. Un fragment assez étendu d'une loi *de scribis et viatoribus*.

8. La dernière partie de la loi par laquelle le pouvoir impérial fut déféré à Vespasien (*Lex de imperio Vespasiani*). Voyez ci-après § 48.

9. Trois sénatus-consultes, dont l'un contre les Bacchanales (*SC. de Bacchanalibus*, 568 de Rome), gravé sur une table d'airain trouvée dans la Calabre, et deux autres du temps des empereurs Claude et Néron, qui se rapportent à la police des bâtiments, trouvés à Herculanum.

10. Un édit de Dioclétien; deux édits de préfets d'Égypte (de 49 et 68 de l'ère chrétienne), et un édit de L. Turcius Apronianus, préfet de la ville de Rome (339 de l'ère chrétienne).

11. Une table d'airain trouvée à Veleja, et conservée dans le musée de Parme, qui contient une liste de fonds de terre destinés par Trajan à un hospice d'orphelins. Cette inscription est connue sous le nom de « *Obligatio prædiorum* » ou « *Tabula alimentaria Trajani.* »

Les monnaies anciennes ne sont pas sans importance pour l'histoire en général, et par conséquent pour l'histoire du droit romain. Les ouvrages principaux sur cette matière sont ceux de Spanheim et d'Eckhel [2].

[7] Spanhemii *Diss. de præstantia et usu numismatum antiquorum.* Première édition. Rome, 1664. 4°. La dernière, Londres et Amsterdam, 1706 et 1717. — Eckhel, *Doctrina numorum veterum.* Vienne, 1792-1798.

Nous possédons également des originaux d'actes juridiques et autres qui sont d'une assez grande utilité, et qui jettent même quelquefois un nouveau jour sur des points douteux de droit. Quelques-uns de ces documents ont un caractère officiel, par ex., les procès-verbaux émanés d'une autorité (acta, gesta), les congés accordés aux soldats; d'autres, non moins importants, sont des actes privés, par exemple, des testaments, des contrats. La collection la plus complète en a été faite par Spangenberg [8].

§ 5. *Auteurs anciens non jurisconsultes.*

Quoique les auteurs anciens qui ont traité spécialement du droit forment évidemment la source principale de notre science, nous trouvons cependant aussi des renseignements précieux, surtout pour l'histoire du droit romain, dans d'autres ouvrages de l'antiquité. Parmi les ouvrages latins, ce sont les écrits de *Cicéron* qui nous en fournissent le plus, tant ses oraisons que ses œuvres philosophiques, — particulièrement de republica, de legibus, de officiis, — et ses œuvres rhétoriques, — particulièrement Brutus, de oratore, Topica, — et même ses lettres. Après lui vient *Aulu-Gelle*, auteur de la première moitié du second siècle, qui nous a conservé dans ses Noctes atticæ, de nombreux passages de lois et d'auteurs anciens, et nous fait connaître en outre plusieurs détails sur les différentes institutions du droit public et du droit privé des Romains. Pour le droit public, on trouve des données abondantes dans les historiens *Tite-Live*, et son abréviateur *Florus* sous Adrien, *Tacite* sous Vespasien et Trajan, *Suétone* sous Adrien, dans les scriptores historiæ Augustæ *Æl. Spartianus*, *Vulcatius Gallicanus*, *Trebellius Pollio*, *Flavius Vopiscus*, *Æl. Lampridius* et *Jul. Capitolinus*, qui écrivirent sous Dioclétien et Constantin; on en trouve moins dans *Jules César*, *Cornelius Nepos*, *Salluste* et *Velleius Paterculus*.

[8] *Juris Romani tabulæ negotiorum solennium superstites.* Leipzig, 1812. — Une collection moins complète se trouve dans un appendice que Terrasson a ajouté à son *Histoire de la jurisprudence romaine*, Paris, 1750, sous le titre : *Veteris Jurisprudentiæ romanæ monumenta*, et dans lequel il a en outre reçu les textes de plusieurs lois, sénatus-consultes et édits. Un ouvrage analogue de Haubold a été publié par Spangenberg sous le titre : *Antiquitatis romanæ legalia extra libros juris romani sparsa, etc.* Berlin, 1830. — La collection la plus complète de ce genre sera celle qui se trouvera dans le *Corpus juris antejustiniani* de Bonn. (V. § 6. Obs. 1.)

Outre ces historiens nous remarquons *Valère-Maxime* (Memorabilium libri), *Pline l'Ancien* (Historia naturalis), *Pline le Jeune* (Epistolæ et Panegyricus Trajani), *Symmaque*, qui, vers la fin du quatrième siècle, écrivit des épîtres sur le modèle de Pline.

Les rhéteurs nous fournissent également des indications utiles, particulièrement *Sénèque* sous Auguste et *Quintilien* sous Domitien; mais plus encore les grammairiens *Varron*, contemporain de Cicéron, et qui écrivit « de lingua latina »; *Festus*, qui fit un extrait de l'ouvrage de *Verrius Flaccus* intitulé « de verborum significatione », *Nonius Marcellus*, *Macrobe* dans ses Saturnales et son Commentaire in Somnium Scipionis, et *Isidore*, évêque de Séville au commencement du septième siècle, dont les vingt livres Originum s. Etymologiarum sont d'une assez grande utilité. De même, les commentateurs de Cicéron, *Asconius Pedianus* sous les premiers empereurs, et *Boëce* (Boëthius) qui vécut sous Théodoric et fit un commentaire sur les Topica.

Pour certaines parties du droit romain nous devrons quelquefois recourir aux auteurs qu'on comprend ordinairement sous le nom de *Scriptores rei rusticæ*, savoir *Caton*, *Varron* (de re rustica), *Columella* au premier siècle de l'ère chrétienne et *Palladius* sous Valentinien et Théodose, ainsi qu'aux écrits des arpenteurs, *Scriptores rei agrariæ* ou *agrimensores*, savoir, *S. Jul. Frontinus*, *Siculus Flaccus*, *Hygenus* et *Aggenus Urbicus*.

On peut consulter aussi avec fruit les *philosophes*, même les *poëtes*, surtout les *comiques*, et les *commentateurs* de poëtes, particulièrement *Donat* sur Térence, *Servius* sur Virgile, *Acron* et *Porphyrion* sur Horace.

Les *Pères de l'Église*, tant latins que grecs, ne sont pas sans intérêt pour l'histoire de l'Empire.

Parmi les autres auteurs grecs, nous distinguons surtout les historiens *Polybe*, *Denys d'Halicarnasse*, qui, dans ses Antiquités, donne les renseignements les plus étendus sur l'état de Rome pendant les premiers siècles, *Diodore* de Sicile sous Auguste, *Plutarque*, *Appien* (de la Guerre civile), *Hérodien* au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne, *Dion Cassius* sous Alexandre Sévère avec ses abréviateurs *Jo. Xiphilinus* et *Jo. Zonaras*, *Zosime* au commencement du cinquième siècle, *Procope* vers le milieu du siècle suivant. Nous possédons en outre un ouvrage assez utile d'un contemporain de l'empereur Justinien, *Jo. Laurentius Lydus*, intitulé : περὶ ἀρχῶν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας (*de magistratibus reipublicæ Romanæ*).

§ 6. *Ouvrages de droit.*

Aucun des ouvrages de droit qui nous ont été conservés n'est antérieur au second siècle de l'ère chrétienne. Nous nous bornons ici à en faire une énumération sommaire :

1. Les *Institutes* de *Gaius*, jurisconsulte du temps de Marc-Aurèle. Des parties assez considérables de cet ouvrage avaient été reçues dans la collection de lois romaines faite sur les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, et connue sous le nom de *Lex romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum* (V. ci-après n° 11). En 1816 Niebuhr découvrit à Vérone un palimpseste qui contenait l'ouvrage non altéré et presque complet en quatre livres. Göschen en publia la première édition en 1820, à Berlin.

2. Des fragments du jurisconsulte *Ulpien*, probablement de son *Liber singularis Regularum*. Ils se composent de 29 titres et ont été publiés d'après un ancien manuscrit en 1549, par Jean Dutillet, évêque de Meaux (Jo. Tilius), après que Sichard en avait déjà donné une édition moins exacte dans le Breviarium Alaricianum (V. ci-après n° 11).

3. *Sententiæ receptæ* de *Paul*, ouvrage composé de cinq livres, trouvé dans le Breviarium Alaricianum, et publié dans l'édition de ce recueil par Sichard (V. ci-après n° 11).

4. Des fragments peu considérables des jurisconsultes *Pomponius*, *Papinien* et *Modestin*, et un fragment d'un jurisconsulte inconnu, peut-être de *Paul* : *Fragmentum veteris jurisconsulti de jure fisci*, retrouvé par Niebuhr dans le palimpseste de Gaius et publié dans l'édition de Göschen.

5. *L. Volusii Maeciani Assis distributio*, probablement du jurisconsulte Volusius Maecianus qui vécut sous Antonin. La première édition se trouve dans le Breviarium Alaricianum de Sichard (n° 11). Il y a de *Balbus*, mensor sous Auguste, un ouvrage qui traite du même sujet : *de asse minutisque ejus portiunculis*.

6. *Consultatio veteris jurisconsulti*, d'un auteur inconnu. Première édition de Cujas en 1563.

7. Un fragment de *Dositheus*, grammairien du troisième siècle de l'ère chrétienne, écrit en grec et en latin, et connu sous le nom de *Fragmentum de juris speciebus et de manumissionibus*. Première édition de Cujas. Il y a du même auteur une collection de décisions et de lettres de l'empereur Adrien.

8. Une collection de fragments de jurisconsultes et de constitutions impériales, découverte à Rome par M. l'abbé Maï, et publiée par lui en 1823, à Rome. On les cite ordinairement sous le nom de *Vaticana juris romani fragmenta*. L'auteur de cette collection est inconnu. On peut la rapporter à la fin du quatrième siècle. (Voy. ci-après § 80).

9. *Lex Dei, seu Mosaicarum et Romanarum legum collatio.* Recueil de règles de droit mosaïque et de passages de droit romain, d'un auteur inconnu, probablement de la fin du cinquième siècle. Première édition de P. Pithou en 1573. (V. ci-après § 80.)

10. Le *code Théodosien*, collection de constitutions d'empereurs, faite sur les ordres de Théodose II, empereur d'Orient, vers l'an 438 de l'ère chrétienne, composée de seize livres. Avant le seizième siècle on n'en connaissait que les parties qui sont transcrites dans le Breviarium Alaricianum. Du Tillet et Cujas trouvèrent beaucoup d'autres fragments. Enfin de nos jours Clossius et Peyron ont découvert les cinq premiers livres qui manquaient. La première édition du Code Théodosien est celle de Sichard (voyez le numéro suivant). celle de Jacques Godefroi (*Gothofredus*) est beaucoup plus complète. Les cinq premiers livres ont été édités par Wenck en 1826 [9].

11. *Lex Romana Visigothorum* ou *Breviarium Alaricianum*, nommée ainsi d'après Alaric II, roi des Visigoths, qui fit faire cette collection au commencement du sixième siècle. Elle contient des fragments d'ouvrages de droit et des constitutions impériales, le tout accompagné d'une *Interpretatio*. C'est par cette compilation qu'on a eu la première connaissance de Gaius, d'Ulpien, du code Théodosien et des *Novelles de Théodose*, et sans elle nous n'aurions ni les Sententiæ receptæ de Paul, ni les fragments de deux recueils de constitutions impériales connus sous le nom de *codex Gregorianus* et *codex Hermogenianus*. La seule édition qui ait paru de cet ouvrage est de Sichard en 1528. (Voyez en général ci-après § 84.)

12. *Lex Romana Burgundionum*, collection faite pour les Bourguignons par le roi Gondebaud, entre 517 et 534. Par une erreur de Cujas, qui en publia la première édition, elle a reçu et conservé le nom de « *Papiani responsum* » ou « *le Papien*. » (V. ci-après § 84.)

13. *Lex Romana Ostrogothorum* ou *edictum Theodorici*, de peu d'importance pour nous. (V. ci-après § 84.)

[9] Nous parlerons ultérieurement au § 81 des différentes éditions du Code Théodosien.

14. Enfin la grande collection de l'empereur *Justinien,* qui contient les parties suivantes :

a. Les Institutes (Institutiones); ouvrage élémentaire fait d'après le plan des Institutes de Gaius. Elles se composent de quatre livres, dont chacun est divisé en plusieurs titres.

b. Les Pandectes ou *le Digeste* (Pandectæ, Digesta); collection de fragments de jurisconsultes, divisée en cinquante livres, dont chacun se compose de plusieurs titres, à l'exception des livres 30, 31 et 32, qui n'ont pas de subdivision.

c. Le Code (Codex); collection de constitutions impériales en douze livres, dont chacun comprend plusieurs titres.

d. A ces trois parties, publiées par Justinien, on a ajouté une collection de constitutions promulguées postérieurement par lui et par deux de ses successeurs, et qu'on appelle *Novelles* (Novellæ constitutiones).

15. Avec Justinien se ferme la série des sources de notre science; mais il y a encore quelques publications postérieures qui nous fournissent souvent des indications utiles, savoir : *la paraphrase des Institutes*, par *Théophile;* les *Basiliques*, et d'autres ouvrages dont il sera question aux §§ 82 et suivants.

Observation 1. Il existe plusieurs recueils des sources de droit antérieures à la compilation de Justinien : 1° Schulting. *Jurisprudentia vetus antejustinianea.... cum commentariis*, etc. Leyde, 1717; Leipzig, 1737. Cette collection contient Gaius et Paul, ainsi que les codes de Grégorien et d'Hermogénien, d'après le Breviarium Alaricianum, Ulpien, des fragments de Papinien et de Modestin, et la consultatio veteris Jcti, le Papien, et un ouvrage de Dosithée. — 2° Hugo. *Jus civile antejustinianeum,* 2 tomes. Berlin, 1815. Contient de plus que Schulting le code Théodosien et la lex Dei. — 3° *Corpus juris civilis antejustiniani,* qui se publie à Bonn depuis 1835. Ce sera le recueil le plus complet.—Un recueil moins étendu à l'usage des élèves, a été publié sous le titre : *Juris civilis ecloga.* Paris, 1822. — M. Blondeau, dans le second volume de ses *Institutes,* Paris, 1838, donne un choix assez riche de sources de droit antéjustinien.

Observation 2. Il nous reste à dire quelques mots sur la manière dont on cite ordinairement les ouvrages de droit, que nous avons énumérés dans ce paragraphe. La plupart d'entre eux sont divisés en livres, titres, paragraphes, etc., ce qui détermine d'avance le mode de citation. Ainsi *Paul, S. R.* IV, 8, 6, veut dire, Pauli sententiæ receptæ, livre 4, titre 8, paragraphe 6. *Ulpien* XVII, 6, veut dire, paragraphe 6 du titre 17 des fragments d'Ulpien. —

Gaius II, 7, est le § 7 du second livre des commentaires de Gaius. —La chose est plus simple encore, quand l'ouvrage cité n'est divisé qu'en chapitres ou en paragraphes sans autre subdivision. Par exemple, *Vat. fragm.* 210 est le n° ou § 210 des fragments du Vatican. De même, *Consultat. vet. jcti cap.* 4., ou *de jure fisci* § 5 [10].

Mais à l'égard de la collection de Justinien et du code Théodosien on suit différentes méthodes. Ces ouvrages sont divisés, comme nous l'avons fait observer, en livres et titres. Chaque livre et chaque titre portent une inscription. Anciennement on avait l'habitude de ne mentionner dans les citations que cette inscription; on ne citait pas même les subdivisions des titres par leur numéro d'ordre, mais par les premiers mots. Ainsi quand on trouvait la citation suivante : *L. Si duobus* §. *sin autem C. communia de legatis,* il fallait d'abord chercher dans le code, le titre intitulé « Communia de Legatis, » qui est le 43me du sixième livre, puis dans ce titre la loi qui commence par les mots « si duobus » qui est la 3me, et dans cette loi le § commençant « sin autem. » Ce mode nécessitait des recherches très-fastidieuses dans les tableaux alphabétiques qu'on a l'habitude d'ajouter aux éditions du corps de droit. Dans les derniers temps on a remplacé ces indications par de simples numéros d'ordre. D'après cette méthode, la citation mentionnée se présenterait sous la forme suivante : L. 3. § 3. C. VI, 43. Nous suivrons cette méthode; toutefois nous ajouterons l'inscription du titre [11], d'abord parce que cette indication familiarise peu à peu les commençants avec la topographie de nos sources, ensuite parce que l'expérience nous a prouvé qu'en feuilletant on oublie facilement le numéro du titre, tandis que les mots qui forment l'inscription restent dans la mémoire. Ainsi nous dirons : *L.* 3. § 3. *C. communia de legatis. VI*, 43, c'est-à-dire, la loi 3, § 3, du

[10] M. Hugo n'admet point ces divisions pour plusieurs des auteurs anciens, qu'il préfère citer d'après la page et la ligne du manuscrit; mais, s'il est vrai que les divisions généralement adoptées sont en grande partie arbitraires, on ne peut nier que celles de M. Hugo ne soient purement accidentelles et surtout peu commodes.

[11] M. Schrader, dans sa belle édition du *Corpus juris,* suit le même principe, mais observe un autre ordre. Ainsi, au lieu de L. 3, § 3, C. communia de legatis. 6, 43, il met : C. comm. de legatis. 6, 43. L. 3, § 3. Cet ordre est à la vérité plus logique, puisqu'il commence par la division principale pour finir par la dernière subdivision; mais il ne fait pas aussi bien ressortir ce qui doit s'imprimer dans la mémoire.

titre du code qui est intitulé « Communia de Legatis, » lequel est le 43ᵉ du sixième livre.

Quant à la désignation des différentes parties, nous nous servirons de l'initiale I. pour les Institutes; de D. ou P., pour le Digeste ou les Pandectes; de C. pour le Code; et nous distinguerons le code Théodosien en ajoutant Th[12]. Nous appellerons les passages du Digeste, fragments (fr.), et ceux du Code, lois ou constitutions (L. ou C.); uniquement parce que nous croyons que cela est plus commode et sert à éviter des erreurs.

Voici donc un tableau de notre manière de citer les passages de la collection de Justinien et du code de Théodose.

Pr. I. de rerum divisione. 2, 1, c.-à-d. le commencement (principium ou prooemium, pr.) du titre des Institutes qui traite « *de rerum divisione* » et se trouve être le premier du second livre.

§ 20. *I. de legatis*. 2, 20.

Fr. 2. pr. D. de judiciis. 5, 1. c.-à-d. le commencement (pr.) du 2ᵉ passage du titre du Digeste qui traite « *de judiciis* » et qui est le 1ᵉʳ du 5ᵉ livre.

Fr. 7, § 3. *D. de usufructu*. 7, 1.

L. 23, *pr. C. de nuptiis*. 5, 4.

L. 3, § 3. *C. communia de legatis*. 6, 43.

L. 1, § 2. *Th. C. de maternis bonis*. 8, 18. c.-à-d. la loi 1, § 2, du titre du code Théodosien qui porte l'inscription « *de maternis bonis*, » et qui est le 18ᵉ du 8ᵉ livre.

Quant aux novelles, on les cite ordinairement d'après le numéro d'ordre qu'elles ont dans la collection. Par ex., *Nov.* 22, *præf.*, c'est-à-dire la préface de la novelle 22; ou *Nov.* 118, c. 3, le chapitre 3 de la novelle 118. (Voyez au reste ci-après § 85.)

§ 7. *Division de l'histoire du droit Romain.*

Les savants qui se sont occupés de l'histoire du droit romain l'ont divisée en *histoire externe* et *histoire interne*. Ils ont donné

[12] Ce sont là les seules abréviations rationnelles, à moins qu'on ne préfère pour les Pandectes la lettre grecque π. Mais il est un autre chiffre dont on se sert encore aujourd'hui pour désigner les Pandectes, et dont l'usage ne peut être justifié d'aucune manière. C'est le signe *ff*. qui n'est qu'une corruption soit de la lettre π, soit de la lettre d. La dernière supposition paraît plus probable, parce que dans les manuscrits ce signe est suivi de l'abréviation *orum*, qui ne peut s'appliquer qu'à Digesta, puisque Pandectæ formerait Pandect*arum*. Voyez entre autres de Savigny, *Histoire du droit romain au moyen âge*, t. III, p. 408, et *Thémis*, t. V, p. 116 (p. 89 de l'édition de Bruxelles).

le premier nom à la partie de la science qui s'occupe des sources du droit et en fait connaître le développement successif; tandis qu'ils entendent par histoire interne, ou antiquités du droit romain, l'exposé historique des différentes institutions de ce droit même. Cette distinction est rationnelle; mais les termes employés sont tout à fait arbitraires.

Nous traiterons dans cette introduction des matières que l'on comprend ordinairement sous le nom d'histoire externe, et nous nous réservons de donner l'historique des différentes institutions dans le cours de l'ouvrage, quand nous traiterons de chaque institution en particulier.

En suivant l'histoire de l'organisation politique, et particulièrement du pouvoir législatif à Rome, nous sommes nécessairement amenés à distinguer différentes époques. La première est déterminée par l'expulsion des rois ou plutôt par la législation des Douze Tables, dont l'influence sur le droit est bien plus sensible que celle du premier événement; la seconde comprend la république et va jusqu'à l'avénement de l'empereur Auguste; la troisième finit avec Dioclétien et Constantin, qui imprimèrent le caractère oriental à la domination impériale; la quatrième enfin va jusqu'à la législation de Justinien, dernier terme du développement du droit romain. Dans un appendice, nous donnerons un tableau rapide des destinées ultérieures de cette législation tant en Orient qu'en Occident.

On a comparé le développement progressif et la décadence du droit romain à la vie humaine, en considérant la première époque comme celle de la formation et de l'enfance, la seconde comme l'époque de la jeunesse et du développement; la troisième serait celle de la virilité ou de la perfection; enfin dans la quatrième nous trouverions les signes de la vieillesse et de la décrépitude.

Observation. Gibbon, de qui est la comparaison spirituelle que nous venons d'indiquer, et beaucoup d'autres après lui, tout en admettant ces quatre époques, les déterminent d'une manière un peu différente. D'après eux, la seconde époque finit avec Cicéron; la troisième, avec l'empereur Alexandre Sévère. Cette division s'applique plus particulièrement, comme nous le verrons dans le courant de l'ouvrage, à l'histoire de la jurisprudence romaine; mais pour l'histoire du droit romain en général, celle que nous avons adoptée paraît plus convenable, parce que les époques sont déterminées par de grands changements opérés dans l'organisation de l'État et du pouvoir législatif.

PREMIÈRE ÉPOQUE.

DEPUIS LA FONDATION DE ROME JUSQU'A LA LOI DES DOUZE TABLES.

(1-304 de Rome. — 753-450 avant J. C.)

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ETAT.

ORGANISATION DE L'ÉTAT PENDANT LES DEUX PREMIERS SIÈCLES.

§ 8. *Origine de Rome.*

Il paraît que Rome s'est formée de la réunion de deux peuplades, l'une d'origine osque ou latine, l'autre d'origine sabine, qui envahirent le territoire d'un autre peuple latin. La conquête fut probablement organisée sur le plan que les Romains suivirent plus tard dans les pays où ils envoyaient des colonies. Les habitants soumis furent tolérés et même reçus dans l'État, mais sans droits politiques. Une petite partie des terres leur fut laissée; le reste fut consacré au profit du nouvel État. Les deux peuples vainqueurs formèrent entre eux une fédération et finirent par se fondre en une seule nation [1]. Mais la différence de leur origine laisse encore sa trace dans les deux tribus, Ramnes et Tities ou Titienses, dont la première se compose des Osques ou Prisci Latini sous Romulus, et la seconde des Sabins ou Quirites sous Titus Tatius [2]. Les rois sont choisis alternativement dans l'une de ces deux tribus.

Plus tard à ces deux tribus vient se joindre une troisième, les

[1] Au commencement il y avait deux nationalités distinctes. SERVIUS AD VIRG. ÆN. VII, 709. « Sabini.... ut in omnibus essent cives Romani, *excepta suffragii latione.* »

[2] FESTUS, v. « *Dici* mos erat Romanis in omnibus sacrificiis precibusque, POPULO ROMANO, QUIRITIBUSQUE, quod est Curensibus, quæ civitas Sabinorum potentissima fuit. » v. « *Titienses* tribus a prænomine Tatii Regis appellata videtur. » — VARRON, *de l. l.* IV, 8. « Collis Quirinalis, ubi Quirini fanum : qui a

Luceres, d'origine étrusque [3], qui dans le principe n'avait pas les mêmes droits que les autres et ne leur fut assimilée que sous Tarquin l'Ancien [4].

Chacune de ces tribus était divisée en dix curies; chaque curie, en dix décuries ou gentes, de manière que trois cents gentes formaient le peuple romain (*populus romanus*) [5]. Les gentes se composaient de différentes familles, liées entre elles par des rapports politiques et religieux (*gentilicia sacra*) [6]. Les membres qui for-

Curetibus, qui cum T. Tatio Curibus venerunt Romam, quod ibi habuerunt castra. » — Voyez encore Tite-Live, I, 13, et Schrader ad § 3. I. *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[3] Festus, v. « *Lucerenses* et Luceres, quæ pars tertia populi Romani est distributa a Tatio et Romulo. Appellati sunt a Lucero, Ardeæ rege, qui auxilio fuit Romulo adversus Tatium bellanti. » v. *Lucomedi.*

[4] Les Ramnes cependant conservèrent encore pendant longtemps certains priviléges. Leurs décuries votent les premières au sénat (Cic. *de rep.*, II, 20), et il est probable que les *decem primi* du sénat sont les chefs des décuries de la première tribu (Denys d'Halic., VI, 84. — Val. Max., I, 1, 1). Voyez encore ci-après § 16.

[5] Denys d'Halic., II, 7. — Cic. *de rep.*, II, 8. 20. — Varron *de lingua latina,* IV, 9. « Ager Romanus primum divisus in partes tris, a quo tribus appellata Tatiensium, Ramnium, Lucerum : nominatæ, ut ait Ennius, Tatienses a Tatio, Ramnenses a Romulo, Luceres, ut Junius, a Lucumone. Sed omnia hæc vocabula Tusca, ut Volnius, qui tragœdias Tuscas scripsit, dicebat. »

[6] Autrefois on croyait généralement que les gentes se composaient de personnes ayant une origine commune, mais dont la parenté ne pouvait être prouvée d'une manière certaine. Niebuhr a établi que les gentes constituent essentiellement une division politique (comme les φρατρίαι et γένη des Grecs), correspondante aux décuries et par conséquent propre aux praticiens. Au reste il est possible et même probable qu'en faisant cette division politique on a tenu compte de l'origine commune des individus qui devaient composer chaque décurie. C'est ainsi que Varron, *de l. l.*, VII, 2, a pu dire : « Ut enim ab Æmilio homines orti Æmilii ac gentiles, » et Festus, v. *Gentilis :* « Gentilis dicitur et ex eodem genere ortus et is qui simili nomine appellatur. » Mais ce qui prouve que l'origine commune n'était pas un élément nécessaire de la gentilitas, c'est un passage de Cicéron, *Top.* c. 6, dans lequel cet auteur, après avoir indiqué qu'il veut donner une définition complète, s'exprime ainsi : « *Gentiles sunt qui inter se eodem nomine sunt.* Non est satis. *Qui ab ingenuis oriundi sunt.* Ne id quidem satis est. *Quorum majorum nemo servitutem servivit.* Abest etiam nunc. *Qui capite non sunt deminuti.* Hoc fortasse satis est. » Voyez encore Cic. *de rep.*, II, 31, et surtout Niebuhr, *H. R.*, t. I, pag. 321 et suiv. En admettant l'hypothèse de Niebuhr, on peut aussi expliquer pourquoi les patriciens seuls avaient des gentes (Tite-Live, X, 8... « Vos solos gentem habere. » — Aulu-Gelle, X, 20. « Plebes dicitur, in qua gentes civium patriciæ non insunt. » — Le même, XVII, 21); pourquoi une gens comprenait tous ceux qui portaient le même nom, y compris les clients, et même, dans le sens le plus étendu, les

maient une gens (*patres*) se divisaient en seniores et juniores. Parmi les premiers le roi choisissait les sénateurs, un par décurie; les juniores fournissaient les chevaliers (*celeres*), lesquels entraient également dans le sénat après avoir satisfait au service militaire [7].

Les trois cents gentes assemblées (*comitia curiata*) constituaient le peuple souverain, exerçaient le pouvoir législatif, délibéraient sur la guerre et la paix, jugeaient les crimes publics et élisaient le chef politique et militaire, appelé Rex [8]. L'élection se faisait sur la proposition du sénat, mais le pouvoir était conféré au roi par un décret des curies. (*Lex curiata de imperio. Lex regia.*) [9]

Le roi, élu à vie, avait le suprême pouvoir militaire et sacerdotal; il avait le droit de convoquer les assemblées du peuple et du sénat et exerçait le pouvoir judiciaire, sauf toutefois le droit des parties intéressées d'en appeler au peuple [10].

clients affranchis, à peu près comme les clans d'Écosse. (Cic. *de orat.*, I, 39. — Tite-Live, XXXIX, 19. — Festus, v. *Gentilis.*) — Chaque gens avait ses sacra particuliers obligatoires pour tous ceux qui en faisaient partie (sacra gentilicia. Tite-Live, IV, 52. — Cic. *pro domo*, c. 13); et à ce propos il résulte encore du rapprochement de deux passages de Denys d'Halicarnasse, II, 7. 21, une nouvelle preuve de l'identité des gentes et des décuries. Pour sortir d'une gens il fallait un acte religieux opérant décharge des sacrifices (sacrorum detestatio, Aulu-Gelle, VI, 12. XV, 27. — Servius *ad Virg. Æn.*, II, 156). Au reste l'importance politique des gentes dut nécessairement disparaître quand les curies n'eurent plus qu'une existence fictive (§ 24), et c'est pour cette cause que Denys d'Halicarnasse, II, 21. 65, et Festus, v. *Publica sacra*, comptent les sacra gentilicia au nombre des sacra privata. L'influence de la gentilité sur certaines parties du droit privé disparut également bientôt, et Ulpien et Gaius en parlent comme d'une institution tombée en désuétude. *Coll. leg. Mos.*, XVI, 4, 2. — Gaius, III, 17.

[7] Tite Live, II, 1. — Denys d'Halicarnasse, II, 13. 47. — Festus, v. *Præteriti*. — Les patres sont en général les citoyens actifs de Rome, les patriciens, et non pas, comme on l'a cru, les sénateurs. Festus, vv. *Populi; Patres* (p. 143, 152. ed. Gothofr.). Aussi Tite-Live, IV, 8, oppose les patres au sénat. Voyez encore Tite-Live, II, 42. « Uno animo patres ac plebes... Æquos pugna vicere. » Ibid. 43. « Omnium illo die, qua patrum, qua plebis, eximia virtus fuit. » IV, 1. « Connubium patrum ac plebis. »

[8] Denys d'Halic., II, 14. « Τῷ δὲ δημοτικῷ πλήθει τρία ταῦτα ἐπέτρεψεν, ἀρχαιρεσιάζειν τε καὶ νόμους ἐπικυροῦν καὶ περὶ πολέμου διαγινώσκειν. »

[9] Tite-Live, I, 17. VI, 42. — Denys d'Halic., II, 60. VII, 38. IX, 41. — Cicéron, *de rep.* II, 13. 17. 18. 20. 21. — Voyez encore ci-après § 48.

[10] Denys d'Halic., II, 14. « Πρῶτον μὲν ἱερῶν καὶ θυσιῶν ἡγεμονίαν ἔχειν.... ἔπειτα νόμων τε καὶ πατρίων ἐθισμῶν φυλακὴν ποιεῖσθαι — βουλήν τε συνάγειν καὶ δῆμον συγκαλεῖν καὶ γνώμης ἄρχειν καὶ τὰ δόξαντα τοῖς πλείοσιν ἐπιτελεῖν.... ἡγεμονίαν ἔχειν αὐτοκράτορα ἐν πολέμῳ. » — Cic. *de rep.*, II, 31. « Provocationem autem etiam a regibus fuisse, declarant pontificii libri. »

Entre le peuple et le roi se trouvait le sénat, formé des représentants des gentes choisis par le roi. Il se composa dans le principe de cent, puis de deux cents membres; enfin, après la réception des Luceres, le nombre des sénateurs fut porté à trois cents, divisés en trente décuries. Le sénat était le conseil et le surveillant du roi; il préparait ordinairement les projets de loi à porter devant les curies, lesquelles votaient sur ses propositions. L'élection du roi se faisait également, nous venons de le dire, sur la proposition du sénat, et en attendant que les curies eussent voté et conféré le pouvoir, il était chargé de pourvoir à l'administration de l'État par des magistrats (*interreges*) qu'il prenait parmi ses membres [11].

§ 9. *Clients. Plèbe.*

La constitution originaire de Rome était donc démocratique avec un chef électif et un conseil représentatif.

Mais elle renfermait encore d'autres éléments, qui la rendirent bientôt aristocratique, savoir les clients et la plèbe.

Les clients se composaient sans doute de ceux des habitants vaincus auxquels on n'avait pas laissé de terres, et des étrangers qui venaient s'établir à Rome, et qui, sans propriété et sans droits dans l'État, se mettaient sous le patronage des patres. Il est encore probable que les conquérants étaient déjà accompagnés ou suivis de clients; car la clientèle est une institution qui se retrouve chez presque tous les peuples d'Italie [12]. Or, ces clients n'avaient point de droits politiques; ils n'existaient même dans l'État que par la protection de leurs patrons, qui leur donnaient ordinairement des terres à cultiver. En revanche, les clients devaient servir le patron et même l'aider de leur fortune : leur condition était à peu près celle des vassaux du moyen âge [13]. Les relations entre le patron et le client n'étaient d'abord réglées que par l'usage, mais elles furent bientôt sanctionnées par la loi [14].

[11] Denys, II, 12. 57.—Tite-Live, I, 8. 17. 30. 35. —Denys, II, 14. « Περὶ παντὸς ὅτου ἂν εἰσηγῆται βασιλεὺς, διαγινώσκειν τε καὶ ψῆφον ἐπιφέρειν, καὶ ὅ τι ἂν δόξῃ τοῖς πλείοσι, τοῦτο νικᾷν.»

[12] Tite-Live, II, 16. V, 1. XXIII, 2. 7.—Denys d'Halic., V, 40. IX, 5. X, 14. — Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 20.

[13] Vico, *Scienza nuova*, livre I, page 65. 95; livre IV, p. 465. 510.—Le même, *de universi juris principio*, c. 129.—Filangieri, *Scienza della legislazione*, liv. IV, chap. 11. — Blackstone, liv. II, chap. 5.

[14] Servius *ad Virg. Æn.*, VI, 609. « Ex lege duodecim tabularum, in qui

Les plébéiens étaient les habitants libres du territoire conquis auxquels on avait laissé des terres [15]. Ils étaient reçus comme membres de l'État, mais n'étaient pas citoyens actifs; ils manquaient des droits politiques; de plus, appartenant à une autre origine que les patres, ils n'avaient pas même, d'après l'usage italique, le connubium avec eux, c'est-à-dire, qu'il ne pouvait y avoir de mariage valable entre un plébéien et un patricien [16]. Le nombre des plébéiens, d'abord peu considérable, s'accrut peu à peu à mesure que s'étendirent les conquêtes du peuple romain. Ainsi ils ne purent manquer d'acquérir une certaine importance; et il paraît que déjà Tarquin l'Ancien eut l'intention de les assimiler aux patriciens. Il dut cependant se borner à faire recevoir dans les curies un certain nombre de familles nobles qui prirent alors le nom de Ramnes, Tities, Luceres secundi ou patres minorum gentium [17]. Le reste de la plèbe demeura sans droits et sans organisation.

§ 10. *Religion.*

L'État se trouvait donc composé des patres avec leurs clients, et de la plèbe. Les premiers forment le véritable populus romanus, assemblé dans les comices par curies, et représenté par le roi et le sénat. Les plébéiens ne sont encore que des citoyens passifs, pour ne pas dire des sujets.

Le pouvoir légal des patriciens était soutenu par la religion et par la prépondérance matérielle que leur assuraient leurs richesses territoriales et leurs clients.

La religion était intimement liée à l'organisation de l'État, et

bus scriptum est : PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FECERIT, SACER ESTO... » Sur les devoirs respectifs du client et du patron, voyez DENYS D'HALIC., II, 9. 10.

[15] DENYS D'HAL., II, 9. III, 29. 31.— Quelquefois aussi on recevait parmi les patriciens les familles nobles des villes soumises. TITE-LIVE, I, 30.— DENYS D'HAL., III, 29.

[16] TITE-LIVE, I, 9.

[17] CIC. *de rep.*, II, 20. — TITE-LIVE, I, 35. 36. 47. —DENYS D'HAL., III, 71. —FESTUS, VV. *Navia; Sex Vestæ sacerdotes.*—C'est encore Niebuhr qui a découvert la véritable nature de la plèbe. Autrefois on considérait généralement les plébéiens comme les clients des patres, et on les représentait comme des mutins soulevés contre leurs maîtres légitimes. Mais ce grand savant a rendu aux plébéiens leurs droits, et a prouvé que ce qu'on appelait leur rébellion continuelle, n'est que la lutte généreuse que tout peuple opprimé doit nécessairement engager contre ses tyrans. L'espace nous manque ici pour analyser sa belle argumentation. Nous sommes obligé de renvoyer à son *Histoire Romaine*, t. I, page 422-450.

même de la famille. Elle présidait à tous les actes importants de la vie publique et de la vie privée. Chaque fraction du peuple avait ses sacrifices communs [18]. Les patriciens étaient les dépositaires des mystères religieux. Ce n'est que parmi eux que l'on prenait les prêtres, dont voici les catégories principales :

1° Les *pontifes,* collége de six membres, deux de chaque tribu, avec un président, appelé *Pontifex Maximus.* Ils veillaient à l'observance du droit sacré, et avaient une juridiction indépendante pour les crimes contre la religion, qu'ils punissaient d'amendes, de peines corporelles et même de la peine de mort [19].

2° Les *augures,* au nombre de six, deux de chaque tribu, dirigeaient les auspices et exerçaient à ce titre une grande influence sur les assemblées du peuple et sur les actes des magistrats [20].

3° Les prêtres chargés de la garde des livres sibyllins.

En outre il y avait des prêtres pour certaines divinités, particulièrement les vierges vestales au nombre de six [21], les flamines au nombre de quinze, parmi lesquels trois majeurs, savoir : ceux de Dis, de Mars et de Quirinus, et beaucoup d'autres corporations et colléges.

§ 11. *Domaine public.*

L'élément matériel de la puissance des patriciens était le domaine public (*ager publicus*). Nous avons déjà dit que les Romains, après la conquête d'un pays, avaient l'habitude de confisquer la plus grande partie du territoire. Les terres cultivées étaient ordi-

[18] Il y avait sacra *publica* pour le peuple entier, pour les tribus, curies et décuries ou gentes, même pour les différents quartiers de la ville (montes, pagi, vici).—DENYS D'HAL., II, 21. 65. —FESTUS, v. *Publica sacra; Curia.*— Il y avait sacra *privata* pour chaque gens (V. § 8. note 6), chaque famille, et même pour les individus. Les sacra privata étaient éternels; l'obligation d'y concourir incombait à tous ceux qui entraient dans une famille ou succédaient dans les biens du chef de la famille. CIC. *de legibus,* II, 19. 21.

[19] TITE-LIVE, XXII, 57. XXXVII, 51. XL, 42.—DENYS D'HAL., VIII, 89. IX, 40. — CIC. *de legibus,* II, 9. —Le nombre des pontifes fut doublé lorsqu'on admit les plébéiens à cette dignité. D'autres modifications eurent lieu vers la fin de la république et sous les empereurs.

[20] CIC. *de legibus,* II, 12. 13. III, 12; *de divinat.* II, 33-36. — Le nombre des augures, qui était d'abord de quatre, deux pour chacune des premières tribus, puis de six, subit encore beaucoup d'autres changements.

[21] FESTUS, v. « *Sex Vestæ sacerdotes* constitutæ sunt, ut populus pro sua quaque parte haberet ministram sacrorum, quia civitas Romana in sex est distributa partes, in primos secundosque Titienses, Ramnes, Luceres. »

nairement mesurées et vendues ou louées à des particuliers ; souvent aussi l'État les distribuait à des colons qu'il y envoyait ou les donnait à de pauvres habitants de Rome (*agri limitati, assignati*) [22]. Les pâturages restaient indivis, et tout citoyen avait le droit d'y faire paître ses troupeaux moyennant une rétribution [23]. Enfin ce qui n'était pas destiné au roi ou à un but religieux [24], particulièrement les terres incultes restaient sans maître et étaient abandonnées à celui qui voulait les occuper [25]. Mais ce droit n'était accordé qu'aux patriciens [26] et le mode d'occupation était ordinairement réglé par une ordonnance spéciale. Cette occupation ne donnait pas le droit de propriété, mais seulement une possession que l'État pouvait révoquer quand il le voulait, qu'il protégeait cependant tant qu'elle durait [27]. Les patriciens abandonnaient ordinairement une partie de leurs possessions aux clients (*precario,*

[22] DENYS D'HAL., IV, 9. 10. 13. — TITE-LIVE, I, 46. VIII, 11. XLII, 4. — NONIUS MARCELLUS, n° 205 (p. 307 éd. Gothofr.) « Viritim dictum est separatim et per singulos viros. M. Tull, de rep., lib. II. Ac primus agros quos bello Romulus ceperat, divisit viritim civibus... Varro, de vita pop. Rom., lib. I. Extra urbem in regiones XXVI agros viritim liberis attribuit. »

[23] VARRON, *de re rustica*, II, 1. — FESTUS, v. *Scriptuarius ager*.

[24] DENYS D'HAL., II, 7. III, 1. — CIC. *de rep.*, V, 2.

[25] Cette partie de terrains qui restait domaine public (*ager publicus*) est quelquefois appelée *occupatorius ager*. Les fonds s'appellent *arcifinii*, parce que les bornes n'étaient pas fixées par un arpentage régulier comme pour les agri limitati, mais déterminées par la situation topographique des lieux. SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.* ed. Gœs. p. 3. « Occupatorii dicuntur agri, quos quidem arcifinales vocant. — Bellis enim gestis victores populi terras omnes, ex quibus victos ejecerunt, publicavere. — Deinde, ut quisque virtute colendi occupavit, arcendo vicinum, arcifinalem dixit. Horum ergo agrorum nullum æs, nulla forma quæ publicæ fidei possessoribus testimonium reddat; quoniam non ex mensuris actis unusquisque miles modum accepit, sed quod aut excoluit, aut in spe colendi occupavit. —Voyez WALTER, *Gesch. des R. R.* page 40. — C'est dans ce sens que TITE-LIVE, V, 55, dit que Rome, reconstruite avec précipitation après l'invasion des Gaulois, avait l'air plutôt « occupatæ urbis quam divisæ. »

[26] TITE-LIVE, IV, 51. 53. VI, 14. 37.—DENYS D'HAL., IV, 9. VIII, 70. X, 37. — NONIUS MARCELLUS, II, v. *Plebitatem*... « Hemina in Annalibus : Quicumque propter plebitatem agro publico ejecti sunt » (ed. Gothofr. n° 619.)

[27] Voyez sur cette matière NIEBUHR, *Hist. Rom.*, t. II, p. 146-176, d'où nous tirons les citations suivantes. FESTUS, v. « *Possessiones* appellantur agri late patentes publici privatique, quia (qui *Nieb.*) non mancipatione, sed usu tenebantur et ut quisque occupaverat, collibebat (colebantur. *Nieb.*). » — CIC. *de off.* II, 22; *adv. Rullum*, III, 3 (12). « Sunt multi agri lege Cornelia *publicati*, nec cuiquam assignati neque venditi, qui a paucis *possidentur*... hos *privatos*

c'est-à-dire sur la demande de ces derniers), et en tiraient ainsi un double avantage, d'abord une partie des fruits comme fermage, puis la puissance que donne un grand nombre de vassaux [28].

Organisation de Servius Tullius.

§ 12. *Les tribus plébéiennes.*

Les plébéiens trouvaient souvent des protecteurs dans les rois qui cherchaient en eux un contre-poids contre l'autorité jalouse des patriciens et du sénat. Tullus Hostilius fit des distributions de terre, Ancus Martius nous est représenté comme courtisan de la faveur populaire, Tarquin l'Ancien fit recevoir des plébéiens dans le sénat [29]. Mais toutes ces mesures n'étaient que des remèdes transitoires. Ce fut Servius Tullius qui le premier chercha à donner une organisation à la plèbe et à la préparer ainsi au rôle important qu'elle devait jouer dans la suite.

D'abord il divisa la ville et la campagne en trente quartiers appelés regiones [30]. Les plébéiens qui habitaient l'une de ces régions formaient une *tribu* à la tête de laquelle se trouvait un *tribunus*. En

facit : hos... Rullus non vobis assignare vult, sed eis condonare qui *possident*... Cum ea, quæ *vestra* sunt, condonari *possessoribus* videatis.—Tite-Live, II, 41. (Sp. Cassius) « adjiciebat huic muneri agri aliquantum, quem publicum possideri a privatis criminabatur. Id multos quidem patrum, ipsos possessores, periculo rerum suarum terrebat. » III, 1. « Jam priore consulatu Æmilius dandi agri plebi fuerat auctor... Possessores... invidiam... in consulem averterant. » IV, 36. « Agri publici dividendi... spes; et vectigali possessoribus agrorum imposito... » Ibid. 51. 53. VI, 5. «— Ostentabatur in spem Pomptinus ager... *nobiles homines in possessionem agri publici grassari : nec, nisi antequam omnia præcipiant divisus sit, locum ibi plebi fore.* » Ibid. 14. « Ne quis plus D jugera agri possideret. » — Florus, III, 13 in f. « Reduci plebs in agros unde poterat sine possidentium eversione? qui ipsi pars populi erant, et tamen relictas sibi a majoribus sedes, ætate, quasi jure hereditario, possidebant. » — Orosius, V, 18. « Eodem anno *loca publica* quæ in circuitu Capitolii pontificibus, auguribus, decemviris ac flaminibus *in possessionem tradita* erant, cogente inopia *vendita* sunt.

[28] C'est même de cet usage que l'on fait dériver le mot patres. Festus, v. « *Patres* senatores ideo appellati sunt, quia agrorum partes attribuebant tenuioribus (perinde) ac liberis propriis.

[29] Cic. *de rep.*, II, 18. 32. — Denys d'Hal., III, 2. — Virgile, *Énéide*, VI, 816 et suiv. « — Ancus... nimium gaudens popularibus auris. » — Voyez ci-dessus note 17.

[30] La ville en comptait 4; les 26 autres étaient situées dans la campagne. Le nombre en fut réduit à vingt par suite des conquêtes de Porsenna. Niebuhr, t. I, page 437.

outre il y avait des préposés pour les différentes sections de chaque tribu (*vici* dans la ville, *pagi* dans la campagne). Cette division était d'abord purement locale; mais par la suite elle devint personnelle, et la qualité de membre d'une tribu (*tribulis*) fut héréditaire. Il est probable que Servius, en faisant cette division, n'avait en vue que de simplifier l'administration de l'État et de faciliter la levée des impôts et de la milice; mais en même temps il organisa la plèbe, et il parait que dès le principe les tribus avaient le droit de s'assembler et de délibérer sur les affaires qui concernaient uniquement la plèbe[31], en particulier de choisir elles-mêmes leurs fonctionnaires (*comitia tributa*).

§ 13. *Les centuries.*

Cependant Servius porta ses réformes plus loin, en créant une institution qui avait le double but de donner à la plèbe des droits politiques et de l'affranchir de l'arbitraire qui avait toujours pesé sur elle dans la distribution des impôts.

Avant son règne les plébéiens étaient soumis à une capitation, dont le taux dépendait du bon plaisir des gouvernants [32]. Il remédia à cet abus en instituant un cens qui permit d'imposer les citoyens d'après leur fortune. A cet effet il partagea tous les citoyens, à l'exception des patriciens, en cinq classes, dont la première, formant 80 centuries, comprenait les contribuables ayant 100,000 as ou au delà. La seconde (75,000 as) avait 20 centuries, de même que la troisième (50,000 as) et la quatrième (25,000 as). Enfin la cinquième (12,500 as) comptait 30 centuries. Chaque classe se divisait en deux catégories, juniores et seniores, dont chacune avait un nombre égal de centuries [33]. Abstraction faite de tout cens, on avait encore attaché à la première et à la quatrième ou cinquième classe trois ou quatre centuries d'artisans, d'armuriers et de musiciens. Au-dessous des cinq classes, il y avait deux centuries : l'une, capite censi, ayant moins de 375 as; l'autre, proletarii, n'ayant pas plus de 1,500 as. L'intervalle entre les proletarii et la cinquième classe était sans doute comblé par les deux centuries des velati et accensi. Tous les citoyens au-dessus des proletarii

[31] Aulu-Gelle, XV, 27. — Voyez en général sur cette organisation Denys d'Hal., IV, 14. 15. —Tite-Live, I, 43.— Sigonius, *de antiquo jure pop. Rom.* I, 3. — Niebuhr, t. I, pages 422. 450.

[32] Niebuhr, t. I, page 495, note 1086.

[33] On était junior jusqu'à l'âge de 45 ans. Denys d'Hal., IV, 16.

contribuaient aux charges publiques en proportion de leur fortune, et recevaient par ce motif le nom d'assidui (de *as* et *dare*). Les proletarii étaient exempts de cette imposition; mais il est probable qu'ils étaient soumis à une capitation de même que tous les autres citoyens qui ne se trouvaient pas dans les centuries, et qu'on appelait Ærarii.

Cette division servait également de base à l'organisation de l'infanterie romaine. La cavalerie se composait de 18 centuries, dont six de patriciens et douze de nobles plébéiens que Servius avait créés chevaliers [34]. Elles faisaient partie de la première classe, abstraction faite du cens.

Ces 195 centuries formaient donc l'armée, et représentaient la nation. A ce titre, elles eurent le droit de statuer sur les affaires qui concernaient l'universalité des citoyens. Assemblées sur la convocation du roi (*comitia centuriata*) elles délibéraient sur les lois et sur les questions de guerre et de paix, et procédaient à l'élection des magistrats du peuple, y compris le roi. Cependant elles ne pouvaient voter que sur les propositions du sénat et du roi, et leurs décisions n'étaient obligatoires qu'après avoir été agréées par les curies [35].

De cette manière l'ancienne puissance de l'aristocratie de naissance était balancée par les votes des centuries. Pourtant cette nouvelle institution n'était point basée sur une égalité parfaite; bien au contraire, il semble que Servius ait pris un soin particulier d'éviter la démocratie.

Un coup d'œil rapide sur l'organisation des centuries suffit pour faire voir qu'une prépondérance immense est assurée à la richesse et à l'âge. Les seniores ont autant de voix que les juniores, et la première classe à elle seule (y compris les dix-huit centuries de chevaliers) forme la majorité des centuries [36].

§ 14. *Fondation de la république. Tribuns de la plèbe.*

Les réformes de Servius indisposèrent l'aristocratie contre lui.

[34] Tite-Live, I, 43. — Festus, v. *Sex suffragia*.

[35] Tite-Live, VI, 41. 42. VIII, 12, in f. — Cic. *in Rullum*, II, 11. «... Quum majores binis comitiis voluerint vos de singulis magistratibus judicare.» — Le même, *Brutus*, c. 14. « ... M' Curium, quod is tribunus plebis, interrege Appio Cæco... quum de plebe consulem non accipiebat, patres ante auctores fieri coegerit. »

[36] Cic. *de rep.*, II, 22. « ... Curavitque Servius quod semper in repu-

Tarquin, aidé des patriciens, l'assassina et lui succéda comme roi. Il commença par anéantir les droits de la plèbe, mais bientôt sa tyrannie pesa également sur le sénat et les patres. Une révolution éclata, le roi fut chassé; et l'abolition de la royauté, décrétée d'abord par les curies, fut ensuite ratifiée par la plèbe dans l'assemblée des centuries [37].

Dans la nouvelle république, le pouvoir royal fut transféré à deux chefs, appelés prætores ou consules, mesure que Servius Tullius avait déjà projetée [38]. Les premiers consuls furent L. Tarquinius Collatinus et L. Junius Brutus, ce dernier, à ce qu'il paraît, d'origine plébéienne [39]. Les patriciens montrèrent au commencement beaucoup de bienveillance envers la plèbe. Un grand nombre de plébéiens furent reçus dans le sénat (*patres et conscripti*). Les lois de Servius Tullius furent rétablies, la contrainte par corps pour dettes fut abolie, et le sénat prit plusieurs mesures pour captiver la confiance de la masse [40].

Mais il est tout naturel qu'une révolution qui n'avait amené qu'un simple changement de la forme du gouvernement sans toucher aux institutions ait dû tourner au profit du premier ordre de l'État. D'abord le pouvoir du sénat s'était accru; puis les consuls élus sur la proposition du sénat, et pour une année seulement, devaient nécessairement chercher à se rendre agréables à la caste dominante. Enfin, une autre arme très-dangereuse dans les mains de l'aristocratie était la dictature, introduite à l'exemple des villes latines. Le dictateur ne pouvait être pris que parmi les patriciens; son pouvoir était illimité, et il n'y avait pas même lieu d'appeler de ses décisions à l'assemblée du peuple. Quoiqu'en concentrant le pouvoir dans les mains d'un seul on n'eût originairement pour but

blica tenendum est, ne plurimum valeant plurimi. Is valebat in suffragio plurimum, cujus plurimum intererat esse in optimo statu civitatem. » — AULU-GELLE, XV, 27.

[37] DENYS D'HALIC., IV, 80. 88.

[38] TITE-LIVE, I, 60. « Duo consules... ex commentariis Ser. Tullii creati sunt.» — Le nom primitif de ces magistrats est prætor (præ-itor, le heer-zog des Germains). Le mot consul, qui signifie tout simplement collègue, n'a été employé que plus tard, peut-être après l'abolition du décemvirat. TITE-LIVE, II, 55. — ZONARAS, II, p. 280. — FESTUS, v. « *Prætoria porta* in castris appellatur, qua exercitus in prælio educitur, quia initio prætores erant, qui nunc consules, et ii bella administrabant. » — Voyez NIEBUHR, t. I, pages 450. 546. II, page 408.

[39] NIEBUHR, t. I, pages 547 et suiv.

[40] TITE-LIVE, II, 9. — DENYS D'HAL., IV, 9. V, 2.

que d'agir plus efficacement contre l'ennemi extérieur, l'histoire nous montre cependant que cette institution était particulièrement hostile à la plèbe [41].

Même les comices des centuries se trouvaient indirectement sous la dépendance des patriciens, d'abord par les auspices dont ils avaient le privilége, et dont ils se servaient fort adroitement; ensuite par le pouvoir illimité qui permettait même au magistrat présidant de refuser les votes qui ne lui convenaient pas; enfin par leurs clients, qui bientôt furent admis dans les centuries [42].

L'oppression de la plèbe se fit sentir jusque dans la vie privée. La propriété était la base de l'impôt. Or, les patriciens n'en avaient presque pas, et n'en avaient pas besoin, puisqu'ils jouissaient du domaine public; au contraire, aucune partie de la propriété plébéienne n'échappait au cens; et pour déterminer la fortune imposable, on ne déduisait pas même les dettes. Encore négligeait-on souvent de faire le cens, de sorte que les diminutions de fortune n'étaient pas constatées. Par suite des guerres continuelles, les plébéiens, enlevés à la culture de leurs champs, se trouvèrent bientôt obérés, et un terrible système d'usure, joint à des lois extrêmement rigoureuses envers les débiteurs, et appliquées par les patriciens avec une partialité révoltante, leur ôtait à jamais toute possibilité de libération.

Enfin la plèbe se souleva et quitta la ville. (Secessio plebis in montem Sacrum, 260 de Rome.) Alors les patres effrayés consentirent à une diminution des dettes, et admirent des représentants de la plèbe dans les affaires de l'État.

Deux tribuns, probablement choisis parmi les chefs des tribus plébéiennes, devaient veiller aux intérêts de la commune. A cet effet, on les déclara inviolables (*sacrosancti*), on leur donna le droit d'opposer leur véto à tout acte du sénat ou des magistrats, et de traduire devant le peuple quiconque oserait agir malgré leur opposition. Le nombre en fut par la suite porté à cinq, enfin à dix. On leur adjoignit des lieutenants, *Ædiles*, chargés de la police et spécialement de la garde du temple de Cérès, où se trouvaient les archives de l'État [43].

[41] Tite-Live, II, 18. VI, 15. — Denys d'Hal., V, 74. — Zonaras, II, p. 21, — Voyez Niebuhr, t. I, page 590.

[42] Denys d'Hal., IV, 75. 84. — Tite-Live, II, 56. 64. III, 14.

[43] Voyez en général Tite-Live, II, 32. 33. — Denys d'Hal., VI, 39. — Zonaras, VII, 15-17.

§ 15. *La loi des Douze tables.*

A partir de cette époque, la lutte commence à s'engager d'une manière régulière entre l'aristocratie et la commune, pour finir par la fusion complète des deux états. Mais les premiers combats de la plèbe ne concernent encore que des intérêts matériels, parmi lesquels figure en première ligne la jouissance du domaine public, que les patriciens avaient toujours eu le talent de se réserver [44]. En vain la plèbe demande-t-elle à être admise au partage des terres qu'elle a acquises au prix de son sang [45]; les patres savent toujours éluder ces justes réclamations. De temps en temps ils font des distributions de quelques arpents de terre; mais leur grand moyen est de rendre suspects ceux qui défendent les droits de la plèbe. Ainsi succomba Sp. Cassius Viscellinus, patricien lui-même, qui, étant consul pour la troisième fois, avait proposé de partager des terres nouvellement conquises entre les plébéiens. Cette proposition, premier exemple d'une loi agraire, fut acceptée par les centuries; mais les patriciens en empêcherent l'exécution, condamnèrent dans l'assemblée des curies Cassius comme coupable d'avoir aspiré à la royauté, et le tuèrent [46]. Ainsi périt plus tard assassiné par les patriciens le tribun Genucius, qui avait repris la proposition de Cassius [47]. Malgré ces échecs la plèbe ne se découragea point. Les aristocrates réussirent, il est vrai, à s'arroger le droit d'élire les consuls, ne laissant aux centuries que celui de confirmer le choix fait par les curies [48]. Pendant quelque temps même l'élection des tribuns fut usurpée au profit des centuries, quoique ces fonctionnaires appartinssent exclusivement à la plèbe. Mais le tribun Volero Publilius revendiqua pour elle le droit de

[44] Ils réussirent même à se libérer de la rente qu'ils devaient payer de ce chef. DENYS D'HAL., VIII, 47.

[45] Déjà Servius avait reconnu ce droit à la plèbe. DENYS D'HAL., IV, 9. «Δοκεῖ δέ μοι καὶ τῆς δημοσίας γῆς, ἣν διὰ τῶν ὅπλων κτησάμενοι κατέχετε, μὴ τοὺς αναιδεστάτους, ὥςπερ νῦν, κρατεῖν, οὔτε χάριτας λαβόντας, οὔτε ὠνῇ κτήσαμένους, ἀλλὰ τοὺς μηδένα κλῆρον ἔχοντας ὑμῶν, ἵνα μὴ θητεύητε ὄντες ἐλεύθεροι, μήτε τὰς ἀλλοτρίας κτήσεις, ἀλλὰ τὰς ἰδίας γεωργῆτε.»

[46] TITE-LIVE, II, 41. — DENYS D'HAL., VIII, 82. 89. L'exemple du patricien Cassius condamné par sa propre caste me fournit l'occasion de renvoyer à l'intéressant article de Niebuhr, intitulé « des dissensions intérieures dans le sein des patriciens. » *Histoire Romaine,* t. II, pages 141-146.

[47] TITE-LIVE, II, 54, 55.

[48] DENYS D'HAL., IX, 46.—APPIEN, *de bello civ.*, I, 1.

les élire dans les comices par tribus (282)[49]. Quelques années plus tard (298), le tribun Icilius obligea les consuls à porter les décrets de la plèbe devant le sénat pour en obtenir la ratification. Mais le triomphe le plus éclatant fut l'admission d'une proposition qui eut pour effet de rendre les patriciens et les plébéiens égaux devant la loi.

Les chefs de la plèbe n'avaient pas été longtemps sans s'apercevoir que l'une des causes principales de l'oppression de leurs concitoyens était l'ignorance du droit dans laquelle ils étaient maintenus par les patriciens. Cet état de choses était surtout intolérable dans l'administration de la justice, qui était exclusivement dans les mains de ces derniers. Le tribun C. Terentilius Arsa fit donc, en 292, la motion de bien déterminer les droits et les devoirs des plébéiens, et de faire connaître par écrit le droit ainsi fixé[50]. Les patriciens s'y opposèrent pendant dix ans. A la fin ils se virent forcés de l'admettre; mais craignant que cette mesure n'eût pour effet de constituer deux nationalités distinctes, dont la plus faible ne tarderait pas à succomber, ils préférèrent la modifier en ce sens, qu'on rédigerait une loi commune à la nation entière[51]. Toutes les magistratures furent suspendues, et tous les pouvoirs conférés à un comité composé de dix patriciens (*decemviri*). Ce comité publia après l'année le résultat de ses travaux, écrit sur dix tables. L'année suivante on élut de nouveaux décemvirs, parmi lesquels il y eut, à ce qu'il parait, cinq plébéiens[52]. Ces magistrats publièrent deux nouvelles tables comme supplément des dix déjà promulguées. Après l'expiration de leur année ils se maintinrent illégalement dans leurs fonctions; mais ils en furent destitués à la suite d'une émeute causée par la tyrannie de leur collègue Appius Claudius[53].

[49] Tite-Live, II, 56.

[50] Tite-Live, III, 9.

[51] Tite-Live, III, 31.—Denys d'Hal., X, 4.—Zonaras, VII, 18.

[52] Denys, X, 58. Voyez Niebuhr, t. I, pages 374-384, où il cherche à expliquer comment il a pu se faire que des plébéiens aient concouru à la rédaction de lois injustes et défavorables à leur classe.

[53] Cic. *de rep.*, II, 36. 37. — Tite-Live, III, 36. 37. — Denys d'Hal., XI, 31-48.

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

§ 16. *Mores majorum.* — *Leges Regiæ. Jus Papirianum.*

Les éléments du droit des Romains se trouvaient sans doute dans les coutumes qui de la nation mère avaient passé à la nouvelle colonie (*mores majorum*). L'influence de l'autorité législative sur le droit public a dû se faire sentir de bonne heure ; mais le droit privé continua pendant longtemps de se maintenir, comme il était né, par l'usage. Le droit coutumier était double, celui des patriciens et celui de la plèbe. Les clients suivaient la loi de leurs patrons. Il est même probable que dans le principe chaque tribu avait son droit à elle. Nous aurons par la suite l'occasion de faire observer qu'un mode particulier de contracter mariage était apparemment propre à la tribu des Ramnes. Les différences de tribu à tribu disparurent bientôt; mais la séparation entre la plèbe et les patriciens survécut même à la législation des Douze tables.

Il paraît que les immeubles d'un plébéien ne pouvaient être acquis par un patricien, et vice versâ [54] ; les lois sévères contre les débiteurs, et particulièrement la contrainte par corps, ne s'appliquaient qu'aux plébéiens [55]; la loi des Douze tables refuse aux plébéiens le connubium avec les patres; enfin nous pourrons poursuivre jusque dans des temps assez avancés ces différences dans les manières de contracter mariage, de transférer la propriété, et dans la forme des testaments.

Comme chez presque toutes les nations, de même chez les Romains les prêtres étaient les dépositaires du droit [56]. Aussi est-ce à

[54] Voyez Niebuhr, t. II, pages 181. 317. 340.

[55] Voyez Niebuhr, t. I, p. 599. II, p. 318. — Tite-Live, VIII, 28, en parlant de la loi Pœtelia Papiria qui abolit la contrainte par corps : « Eo anno (429) plebi romanæ velut aliud initium libertatis factum est, quod necti desierunt. » —Le même dit, VI, 36 : « Ubicumque patricius habitet, ibi carcerem privatum esse; » et rapporte (III, 57) la plaisanterie sanglante du décemvir Appius Claudius, qui appelait la prison « domicilium plebis Romanæ. »

[56] Cic. *de rep.* II, 31. — Festus, v. « *Rituales* nominantur Etruscorum libri, in quibus perscriptum est quo ritu condantur urbes, ædes sacrentur, qua

l'occasion du droit sacré que les anciens nous parlent de la première collection de lois. Ils nous rapportent qu'un certain Papirius ou Papisius, pontife sous Tarquin le Superbe, composa un recueil de leges regiæ, c'est-à-dire de lois votées par le peuple sur la proposition du roi[57]. Cette collection, connue sous le nom de *Jus Papirianum*, paraît avoir conservé une certaine autorité pendant assez longtemps; car encore vers la fin de la république elle fut commentée par le jurisconsulte Granius Flaccus [58]. Cependant nous ne savons rien de précis sur le Jus Papirianum; il paraît qu'il ne traitait guère que du culte et de cérémonies religieuses.

Les savants des siècles derniers ont cherché à restituer une grande partie des leges regiæ, et surtout du jus Papirianum, à l'aide des indications qui se trouvent dans les anciens, particulièrement dans Varron, Cicéron, Denys d'Halicarnasse, Plutarque, Aulu-Gelle, Servius, Macrobe et Festus; mais ces essais sont en général empreints d'une hardiesse qui approche de la légèreté. De nos jours M. Dirksen a le premier publié sur cette matière un travail qui se distingue par une critique sérieuse [59].

§ 17. *Loi des Douze tables.*

Le changement de la forme du gouvernement qui fut la suite de l'expulsion des rois n'exerça guère d'influence sur le droit exis-

sanctitate muri, quo jure portæ, quo modo tribus, curiæ, centuriæ distribuantur, exercitus constituantur, ordinentur, ceteraque ejusmodi ad bellum ac pacem pertinentia. »

[57] L'initiative des lois n'était pas un privilége exclusif du roi; déjà dans les premiers siècles nous trouvons une loi Horatia, c'est-à-dire proposée par Horatius, qui accorde à une vierge vestale, de nom Tarratia, la faculté de tester. Aulu-Gelle, VI, 7. — Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 6. — Macrobe, *Saturn.* I, p. 115.

[58] Denys d'Hal., III, 36. — Fr. 2, § 2. 26, D., *de origine juris* (1, 2). — Fr. 144, D., *de verb. sign.* (50, 16). — Servius *ad Virg. Æn.*, XII, 836. — Macrobe, *Saturn.*, III, 11. Il est probable que le commentaire de Granius Flaccus est le même ouvrage que Censorinus, *de die nat.*, c. 3, cite sous le nom de « Indigitamenta, » c'est-à-dire Tableau des divinités. Voyez Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, I, 1, § 8. — Walter, page 426.

[59] Voyez, sur les essais hasardés de Baudouin, Orsini, Pighius, Terrasson et d'autres, l'article de Daunou dans la *Thémis*, tome V, page 251 (p. 192 de l'éd. belge). — Le travail de M. Dirksen se trouve dans son ouvrage intitulé : *Versuche zur Kritik und Auslegung der Quellen des Römischen Rechts*. Leipzig, 1823. — Les livres de droit de l'antiquité contiennent deux citations de leges regiæ, savoir : Fr. 2, D., *de mortuo inferendo* (11, 8) : « Negat lex regia

tant. Quant au droit public, on se borna à remplacer le roi par deux consuls. Le droit privé éprouva certes moins encore de modifications. Cependant la transaction continua de se faire lentement entre les deux droits nationaux, jusqu'à ce que la loi des Douze tables opérât une fusion presque complète. Les anciens disent expressément que le but de cette législation était d'établir un droit équitable, impartial et égal pour les deux fractions du peuple [60]. Les décemvirs adoptèrent probablement les règles qui déjà par l'usage étaient devenues communes aux patriciens et aux plébéiens; et suivant cette impulsion ils en ajoutèrent d'autres dans le même sens. Aussi les dix premières tables furent jugées très-équitables, tandis que Cicéron dit, que les deux dernières, où se trouve entre autres la défense de mariage entre patres et plébéiens, contenaient iniquas leges [61].

Nous lisons dans Tite-Live, Denys d'Halicarnasse et d'autres auteurs d'une époque plus récente, que les Romains auraient envoyé des ambassadeurs en Grèce pour y recueillir les lois dont on pût faire usage dans la nouvelle législation, et qu'un certain Hermodore d'Éphèse eut une grande part à la confection des Douze tables [62]. Ces faits ont été révoqués en doute par de célèbres historiens modernes. D'autres se sont chargés du soin de défendre les anciens. Il est difficile de porter un jugement décisif dans cette matière. Toutefois on ne peut s'empêcher de reconnaitre qu'il n'y a guère d'analogie frappante entre les lois grecques et la législation des Douze tables; et il est probable que le voyage en Grèce, si toutefois il eut lieu, ne fut qu'un moyen employé par les patriciens afin d'ajourner indéfiniment l'œuvre législative [63].

mulierem, quæ prægnans mortua sit, humari antequam partus excidatur. » — *Coll. leg. Mos. et Rom.*, IV, 8. « Cum patri lex regia dederit in filium vitæ necisque potestatem. »

[60] Æquum jus. Tacite, *Ann.*, III, 27. Voyez Niebuhr, t. II, p. 372.—Hugo, *Gesch. des R. R.*, p. 100-102, (11e édit.)

[61] Cic. *de rep.*, II, 37.

[62] Tite-Live, III, 31-33. — Denys d'Hal., X, 51. 52. 54-56. 58. 62. — Tacite, *Ann.*, III, 27. « Creatique decemviri, et accitis quæ *usquam* egregia, compositæ duodecim tabulæ. » — Aulu-Gelle, XX, 1.— Strabon, liv. XIV, p. 951. — Pline, *Hist. nat.*, XXXIV, 11. —Fr. 2, § 4, D., *de orig. juris* (1, 2). — Zonaras, VII, 18.

[63] C'est Vico qui le premier révoqua en doute le voyage des ambassadeurs romains. Bonamy se rangea de son avis en ce qu'il soutint que les Douze tables ne contiennent guère d'éléments de droit grec (*Mémoires de l'Acad. des belles-lettres*, tome XII, page 27). Terrasson, dans son *Hist. de la jurispr. rom.*, cherche longuement à le réfuter. Depuis, beaucoup de savants ont pris parti

Dans l'année qui suivit la destitution des décemvirs, les nouvelles lois furent exposées publiquement par les consuls Horace et Valerius. Les tables sur lesquelles elles étaient gravées furent consumées par les flammes lors de l'invasion des Gaulois. On en fit d'autres qui peut-être existaient encore au deuxième siècle de l'ère chrétienne [64].

La loi des Douze tables est considérée par les Romains comme la source principale de leur droit national. C'est dans ce sens qu'on lui donne souvent le nom de *lex* par excellence et qu'on appelle *legitimum* ce qui en dérive [65]. Les anciens en parlent avec un respect et une admiration qui vont quelquefois jusqu'au ridicule [66]. On la faisait apprendre dans les écoles, et sous les empereurs encore elle fut commentée par des jurisconsultes distingués [67].

pour ou contre le voyage en Grèce ; mais on admet généralement aujourd'hui que les anciens cités dans la note précédente ont au moins de beaucoup exagéré l'influence des idées grecques sur la législation des Douze tables. L'ancienne opinion a nouvellement trouvé des défenseurs passionnés dans Serpius Gratama, *Oratio de Hermodoro Ephesio, vero XII tabularum autore* (Annales Acad. Groningianæ, 1816. 1817), et Sebast. Ciampi : *Novum examen loci Liviani de legatis Athenas missis*. Wilna, 1821.—Elle a été combattue par Gibbon et Niebuhr , et récemment par M. Lelièvre, *Comm. antiquaria de legum XII tab. patria*, Louvain 1827, et M. Roulez, dans le *Recueil encyclopédique belge*, t. I, p. 150.

[64] Il y a un grand dissentiment entre les érudits sur la question de savoir de quelle matière étaient confectionnées les tables sur lesquelles les nouvelles lois furent d'abord gravées. Le Digeste parle de tables d'ivoire (« eboreæ, » auquel mot d'autres substituent « roboreæ, » tables de chêne); Tite-Live, Denys d'Hal. et Diodore disent qu'elles étaient d'airain. — Ceux qui soutiennent que ces tables existaient encore au deuxième siècle de l'ère chrétienne se fondent sur un passage de Cyprien, évêque de Carthage, lequel, en parlant de la perversité des hommes de son temps, dit entre autres : « Incisæ sint licet leges duodecim tabulis, et publico ære præfixo jura præscripta sint, inter leges ipsas delinquitur, inter jura peccatur. » Voyez ses *Lettres*, II, 2 (p. 48 de l'édit. d'Érasme).

[65] Tite-Live, III, 34. « Fons omnis publici privatique juris. » — Tacite *Annal.* III, 27. « Finis æqui juris. » — Ulpien, XI, 3. « Legitimi tutores sunt, qui ex lege aliqua descendunt : per eminentiam autem legitimi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur. » — Le même, XII, 1. — Gaius, I, 155, etc.

[66] Voyez surtout Cic. *de legibus*, II, 23, et *de oratore*, I, 44. Dans ce dernier passage il fait dire à Crassus : « Fremant omnes licet, dicam quod sentio : bibliothecas, me hercule, omnium philosophorum unus mihi videtur duodecim tabularum libellus, si quis legum fontes et capita viderit, et auctoritatis pondere et utilitatis ubertate superare. »

[67] Cicéron cite comme interprètes de la loi des Douze tables les jurisconsultes

Cependant elle ne nous a pas été conservée; nous n'en connaissons que des fragments peu considérables qui se trouvent épars et cités par hasard dans les auteurs; particulièrement dans Cicéron, Aulu-Gelle et Festus, ainsi que dans les jurisconsultes Ulpien et Gaius. Ces fragments ont servi de base à de nombreux essais de restitution entrepris depuis le seizième siècle par plusieurs savants, parmi lesquels nous citons Baudouin, Hottoman, Marsilius, Antonius Augustinus. Le premier essai remarquable fut publié par Jacques Godefroi dans son ouvrage: Quatuor fontes juris civilis. Après lui nous devons citer les travaux de Gravina, Terrasson, Funccius, Branchu. Dans la dernière moitié du dix-huitième siècle Bouchaud, professeur de droit à Paris, écrivit un gros commentaire sur la loi des Douze tables. Mais tous ces savants, malgré la grande érudition dont ils font preuve dans leurs recherches, n'échappent pas au reproche d'avoir accueilli à la légère bien des passages que rien ne prouve avoir fait partie des Douze tables. De nos jours Haubold et Dirksen y ont enfin appliqué une critique saine et sévère [68].

L. Ælius et L. Acilius (v. *de legibus*, II, 23); Pomponius mentionne l'interprétation de Sextus Ælius Catus (v. Fr. 2, § 38, D., *de orig. juris*, 1, 2, et ci-après § 46); Aulu-Gelle, I, 12. VII, 15. XX, 1, parle d'un travail de Labéon sur les Douze tables, et le Digeste de Justinien contient vingt passages du commentaire de Gaius sur cette loi (δωδεκάδελτον).

[68] Les renseignements les plus précis sur les fragments dont nous avons connaissance se trouvent dans l'ouvrage de M. Dirksen, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel Fragmente. Leipzig*, 1824.

DEUXIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS LA LOI DES DOUZE TABLES JUSQU'A LA FIN DE LA RÉPUBLIQUE.

(305-723 de Rome. — 449-31 avant J. C.)

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

PROGRÈS DE LA PLÈBE. FUSION DES DEUX ÉTATS.

§ 18.

Par la loi des Douze tables, tous les citoyens étaient égaux quant aux droits civils, sauf la défense de mariage entre patriciens et plébéiens qui fut consacrée dans les dernières tables. Dans les premiers temps et sous l'influence de la terreur causée par la punition des décemvirs, les patriciens durent même souffrir que la plèbe conquit plusieurs droits politiques. Les élections furent rendues aux centuries; une loi du consul Valerius (305) assimila les décrets de la plèbe à ceux portés dans l'assemblée des centuries; et le tribun Duilius fit passer deux lois infligeant la peine capitale à quiconque empêcherait l'élection des tribuns ou oserait faire élire un magistrat sine provocatione ad populum [1]. Quelques années plus tard (309), le tribun Canuleius obtint l'abolition de la défense de mariage entre patriciens et plébéiens, défense qui depuis longtemps était incompatible avec les mœurs de la nation. Car il est incontestable que déjà avant la loi Canuleia les mésalliances étaient assez fréquentes. Mais ces unions ne produisaient certes pas l'effet d'un mariage civil, et il est probable que les enfants qui en naissaient, n'étaient point admis parmi les patriciens [2].

Canuleius demanda également l'admission des plébéiens au con-

[1] Tite-Live, III, 55.—Diodore, XI, 26.

[2] Tite-Live, IV, 1.— Denys d'Hal., I, 85.—Voyez Niebuhr, tome I, p. 346, note 833; t. II, p. 380, note 756.

sulat; mais la noblesse sut éluder la proposition en faisant remplacer momentanément les consuls par six tribuni militum consulari potestate, dont trois furent pris parmi les plébéiens [3]. Pressentant qu'à la longue il leur serait impossible de résister aux justes réclamation de la plèbe, les patriciens démembrèrent du consulat certaines attributions afin de conserver celles-ci quand ils devraient céder sur le consulat. Ainsi furent créées magistratures indépendantes la censure conférée par le sénat et les curies, la questure conférée par les centuries (311), et plus tard (378) la préture et l'édilité patricienne [4].

§ 19.

Depuis la motion de Canuleius jusqu'en 378, il y a tantôt des tribuns militaires, tantôt des consuls patriciens, selon que l'aristocratie perd ou gagne du terrain. Aucun moyen ne répugne aux patriciens pour sauver leurs priviléges menacés; la ruse et la corruption sont leurs armes ordinaires, mais l'assassinat aussi est proclamé dans le sénat comme une mesure d'utilité publique [5]. Nous trouvons rapporté dans Dion Cassius le massacre de neuf tribuns de la plèbe qui a dû avoir lieu vers cette époque [6]. En 315, une famine affreuse poussa le peuple au désespoir; le sénat ne put ou ne voulut le secourir; Sp. Mælius, riche chevalier plébéien, sacrifia sa fortune pour acheter des grains qu'il revendit à des prix modérés, ou qu'il abandonna gratuitement aux plus pauvres. Les patriciens conçurent de l'ombrage de cette conduite et nommèrent dictateur le vieux Cincinnatus, qui souilla sa gloire par sa complicité dans l'assassinat de Mælius, commis par le général de cavalerie Servilius Ahala. Ce crime atroce éveilla la plèbe, et il est probable qu'il aurait été suivi de près de la défaite complète des patriciens, si des guerres continuelles n'avaient empêché la plèbe de poursuivre ses efforts. Cependant elle n'en continua pas moins d'avancer lentement : elle obtint d'abord quelques concessions par rapport au domaine public; puis il fut admis que des plébéiens pussent être portés à la questure. Cette dernière mesure était

[3] Le nombre de ces tribuns varie entre trois et douze. Voyez Perizonius, *Animadv.* II, page 46 et suiv. — Niebuhr, t. II, p. 440 et suiv.

[4] Voyez ci-après § 27.

[5] Tite-Live, IV, 6. — Dion Cassius, *exc. de sent.*, 22, p. 151.

[6] Dion Cassius, *exc. de sent.* 22, p. 152. — Cet événement est travesti par Valère-Maxime VI, 3, 2. — Voyez Niebuhr, t. II, p. 465.

d'une grande importance; car elle avait pour effet d'introduire dans le sénat les plébéiens qui avaient rempli ces fonctions, et d'y créer un parti qui, à la longue, devait nécessairement vaincre la résistance des patriciens [7]. Aussi le sénat (en 348) accorda-t-il de son propre mouvement une paye régulière aux soldats, concession que les tribuns jusqu'alors avaient toujours réclamée sans succès [8]. Mais une autre innovation fut funeste à la plèbe; le droit d'intercession, qui dans le principe n'appartenait qu'au corps des tribuns, fut accordé à chaque tribun en particulier, même contre ses collègues. Nous ignorons si cette mesure était une conquête des patriciens ou si elle a été prise par les plébéiens mêmes, qui, se trompant sur l'effet qu'elle produirait, n'y voyaient peut-être qu'une extension donnée à la puissance tribunitienne, tandis que ce n'était en réalité qu'un moyen de corruption dans les mains de l'aristocratie [9].

L'invasion des Gaulois rejeta la masse de la plèbe dans la plus affreuse misère. L'ancienne oppression, les anciens griefs se reproduisirent. Les dettes des plébéiens s'accrurent d'une manière effrayante; le cens ne se fit plus ou se fit avec l'arbitraire le plus révoltant [10]. La cruauté des patriciens envers leurs débiteurs passa toutes les bornes. M. Manlius, le défenseur du Capitole, s'étant rendu suspect aux patriciens par les secours qu'il prêta aux pauvres, fut traduit devant l'assemblée du peuple sous la prévention d'aspirer à la royauté. Les centuries l'acquittèrent, mais les patriciens ne reculèrent pas devant un assassinat; ils le firent condamner par les curies et précipiter du haut de la roche Tarpéienne [11]. Le sénat chercha à faire oublier ce crime par des distributions de terres; mais la misère n'en augmenta pas moins. La plèbe allait succomber [12], quand deux hommes doués d'une grande énergie

[7] Festus, v. *Præteriti.*

[8] Tite-Live, IV, 36. 60.

[9] Un passage de Tite-Live paraît appuyer la première supposition. En parlant d'Appius Claudius, il dit, V, 2 : « Auctorem fuisse per collegarum intercessionem tribunitiæ potestatis dissolvendæ. »

[10] Festus, v. *Tributorum.*

[11] Voyez Niebuhr, tome II, page 681, sur l'acquittement de Manlius par les centuries, ainsi que sur sa condamnation par les curies. Ce dernier fait résulte même du passage de Tite-Live, VI, 20. « In Petelinum lucum extra portam Nomentanam concilium populi indictum est. » Car *concilium* populi est l'assemblée des curies; et les centuries s'assemblaient toujours au champ de Mars.

[12] Tite-Live, VI, 34. « Tanto in urbe vis patrum in dies miseriæque plebis crescebant... Adeo ergo obnoxios submiserant animos non infimi solum, sed

la tirèrent de son abaissement et lui assurèrent la suprématie pour toujours. Pendant dix ans (378-388), les tribuns C. Licinius Stolo et L. Sextius ne cessèrent de réclamer contre le mode inique de distribution du domaine public et contre le sort malheureux des débiteurs abandonnés aux cruautés de leurs créanciers. Mais tout en cherchant ainsi un remède aux maux actuels, ils voulurent en prévenir le retour en étendant les droits politiques de la plèbe. A cet effet ils demandèrent en dernier lieu que les plébéiens fussent admis au consulat. La résistance des patriciens fut opiniâtre; déjà la plèbe commençait à se lasser, et ne pensant qu'aux intérêts matériels et aux besoins les plus pressants, elle se montra disposée à abandonner le dernier point, afin d'obtenir une diminution des dettes et une part minime du domaine public. Mais les tribuns ne voulurent point consentir à scinder leurs propositions et obtinrent enfin tout ce qu'ils avaient réclamé. Néanmoins les patriciens ne se croient pas encore vaincus : quand il s'agit d'installer L. Sextius comme premier consul plébéien, les curies cherchent à se soustraire à cette triste nécessité et refusent de lui conférer le pouvoir. La plèbe doit recourir aux armes et les patriciens cèdent [13].

§ 20.

A partir de cette époque, les progrès de la plèbe deviennent de plus en plus rapides. En 412 les deux consuls purent être choisis parmi les plébéiens; insensiblement ils furent admis à toutes les magistratures, et en 502 le plébéien Ti. Coruncanius obtint même la dignité de grand Pontife [14]. C'est en vain que les patriciens, s'emparant de quelques revers essuyés par des consuls plébéiens, cherchent à ressaisir les priviléges perdus; une brillante série de héros montre bientôt que les dieux ne sont pas moins favorables à la roture qu'à la noblesse [15]. Le sénat, recevant ainsi dans son sein les

principes etiam plebis... ut ne ad plebeios quidem magistratus capessendos petendosque ulli viro acri experientique animus esset. »

[13] Ovide, *Fastes* I, 643.

[14] Après ces changements il ne resta plus aux patriciens que quelques dignités de peu d'importance, par exemple, celles d'interrex et de flamen des grandes divinités.

[15] « L'histoire a prouvé que la loi de Licinius, en opérant un bien infini, n'a pas amené le plus léger préjudice. Les Decius, qui se firent victimes expiatoires pour tout le peuple, étaient plébéiens (Juvénal VIII, 254 et suiv.); ce furent des plébéiens qui, les premiers, arrêtèrent Pyrrhus et le défirent : un plébéien

magistrats qui sortaient de fonctions, se modifia essentiellement; bientôt la majorité de ce corps puissant se trouva entièrement déplacée, et nous lisons que la motion du dictateur Q. Publilius Philo, tendante à étendre l'autorité des plébiscites, fut soutenue par le sénat contre les curies [16].

Si l'on ajoute à ces causes un phénomène qui se reproduit dans l'histoire de tous les siècles, savoir, que toute caste finit par s'éteindre à la longue [17], on comprend aisément que les patriciens, peu nombreux d'ailleurs et ne jouissant plus d'aucun privilége réel, ont dû se perdre dans la masse, et que bientôt la plèbe forma pour ainsi dire la république. C'est à partir de ce moment que le mot populus comprend tous les citoyens, tant les plébéiens que les patres. Cependant, avant d'arriver à une fusion complète, la plèbe doit encore une fois recourir à la force matérielle. La misère qui suivit la guerre des Samnites, et les cruautés exercées contre les pauvres débiteurs, provoquèrent la dernière émigration de la plèbe. Le sénat s'interposa entre les plébéiens et les patriciens; une trans-

soumit les Gaulois d'Italie; le même mit un terme aux victoires d'Annibal. Un plébéien, général rustique, sorti d'une chaumière (Juvénal, VIII, 245-253), détruisit les Cimbres et les Teutons; le consul qui sauva Rome de la conspiration de Catilina était plébéien, et plébéiens aussi les Catons. Le grand Scipion, il est vrai, était patricien, et il domine sa nation comme Annibal s'élève au-dessus de tous les peuples. Les Emilius, les Valerius, les Sulpicius, les Fabius, et, sans parler des Scipions, d'autres branches des Cornelius, comptaient des hommes qui furent les premiers de la république. Leurs images regardent sans haine celles des plébéiens illustres qui se trouvent à leurs côtés : chacun, prenant pour point de départ les actions de ses devanciers, s'élevait à de nouvelles hauteurs; mais la dégénération se mit partout quand le pouvoir et la richesse vinrent corrompre les esprits. Cependant les municipes rajeunissaient la nation en lui fournissant de nouvelles familles; et, à l'exception de quelques maisons, dont l'éclat n'en fut que plus grand, les patriciens tombèrent bien bas. Catilina lui-même, Lentulus et Céthégus, les chefs de la conjuration, furent tous patriciens; aussi Cornelius Severus lui donne-t-il le terrible nom de *crime patricien* (patricium nefas, M. Seneca, Suasor, 6). » NIEBUHR, *Hist. romaine*, t. III, p. 12, *traduction de M. de Golbéry*.

[16] TITE-LIVE, VIII, 12.

[17] Vers la fin de la république il n'y eut plus que cinquante familles patriciennes à Rome. DENYS D'HAL., I, 85. Ce qui contribua encore à l'extinction de ces familles, ce furent les mésalliances qui avaient eu lieu avant la loi Canuleia. Il n'était d'ailleurs pas sans exemple qu'un patricien se fît recevoir dans la plèbe. (*Transitio ad plebem*). CIC. *Brutus*, c. 16. — PLINE, *H. N.* XVIII, 4. — Ainsi Clodius se fit adopter par un plébéien afin de pouvoir obtenir le tribunat. CIC. *ad Att.* I, 18, 19.

action intervint, qui détruisit la puissance des curies. Les lois Hortensiæ (468) attribuèrent aux plébiscites force obligatoire pour la nation entière sans qu'il fût besoin, ni de la sanction des curies, ni de la ratification du sénat. Par contre, il parait que l'autorité de ce dernier corps fut augmentée [18]. C'est là le dernier acte de la lutte entre la plèbe et les patres.

§ 21.

Toutes les réformes politiques sont maintenant réalisées; l'égalité des droits politiques et civils est assurée à tous les citoyens; tout présage un avenir heureux. Mais les faits ne répondent point aux prévisions favorables qu'on aurait pu fonder sur le passé. L'aristocratie de naissance, dont le peuple venait de briser le joug, fut bientôt remplacée par une aristocratie d'argent qui se recrutait au sein même de la plèbe. La lutte entre la commune et les patres n'avait pas été plus acharnée que celle qui s'engagea entre les pauvres et les riches, concentrés au sénat (*optimates*); et autant la première avait été noble et sublime, autant celle-ci fut triste et affligeante. La nouvelle noblesse plébéienne, formée des familles qui comptaient un certain nombre de magistrats, ne se montre guère plus équitable que celle des patres; toutes les vieilles ruses, devenues traditionnelles au sénat, continuent d'être employées. C'est toujours au nom de la patrie que se font les spoliations et les violations de la loi; la religion sert comme autrefois de manteau à toutes les turpitudes; la corruption est le moyen le plus ordinaire de faire taire les défenseurs des pauvres; et quand tous ces moyens ne réussissent point, on a recours à l'assassinat. Par contre la masse des opprimés est loin de présenter le beau spectacle de l'ancienne plèbe qui, bien que faible et quelquefois trompée, avait combattu avec tant de résignation et de persévérance. C'est que la plèbe était une nation entière, une armée serrée, restant toujours la même et sachant bien ce qu'elle voulait; tandis que les pauvres des derniers temps de la république formaient une masse sans organisation, ne se connaissant point et ne comprenant pas la source de ses maux. C'est en vain que de temps en temps des hommes généreux se lèvent pour la sauver; ils ne sont pas compris. Élevés aux nues tant qu'ils apportent un allégement momentané à la misère la plus poignante, ils se voient abandonnés dès qu'ils pour-

[18] Voyez ci-après § 40.

suivent leurs idées de progrès au delà des besoins actuels; et le sénat, constant dans sa politique froide et implacable, saisit ces moments de lassitude pour immoler ces défenseurs du peuple que le peuple ne soutient plus.

L'égoïsme qui domine la masse favorise encore les défections; et tel qui, pauvre aujourd'hui, combattait pour le peuple, en désertait la cause le lendemain quand il avait trouvé moyen de sortir des rangs des opprimés et d'opprimer lui-même à son tour.

En contemplant cet affligeant spectacle, on est nécessairement amené à se demander quelles étaient les causes de cette démoralisation générale. Il est probable que bien des faits importants échappent à nos investigations; cependant, on peut le dire avec certitude, parmi ces causes il faut ranger en première ligne le défaut d'organisation sociale, dont le symptôme le plus frappant est la grande inégalité des fortunes, qui augmenta rapidement de jour en jour. Déjà avant la conquête de l'Italie, le domaine public avait fourni aux gouvernants les moyens d'accumuler des trésors aux dépens de la masse du peuple; mais la progression devint bien plus effrayante, lorsqu'ils purent étendre aux provinces l'admirable système d'exactions et de concussions, qui était la suite inévitable des conquêtes de la république [19]. Ainsi la guerre, qui accroissait sans cesse la misère du peuple, contribua à élever à la fois le pouvoir et les richesses des grands; et quiconque voulait remédier à cet état de choses, semblait porter atteinte à la sécurité du gouvernement et de l'État même.

Au premier abord on pourrait penser que, sous ce rapport, Rome ne se trouvait pas dans une position plus désespérée que la plupart des sociétés modernes, dans lesquelles les mêmes abus et les mêmes vices se retrouvent avec plus ou moins d'intensité. Mais il y a cette immense différence qu'à Rome le pauvre n'avait aucun moyen de sortir de sa position : il ne comprenait pas son importance comme travailleur. Les Romains ne connaissaient d'industrie digne de l'homme libre que l'agriculture; et cette ressource modeste n'était pas suffisante pour contre-balancer les moyens puissants dont les riches disposaient. Encore, dans l'agriculture, était-il facile à ces derniers d'écraser la concurrence des pauvres au moyen du travail des esclaves. Cela était bien compris par les hommes qui s'occu-

[19] On trouve des détails intéressants sur l'oppression qui pesait sur l'Italie dans Michelet, *Histoire romaine*, t. III, chap. 1, notes 4. 5. 6.— Sur l'administration des provinces, voyez ci-après § 37.

paient du sort de leurs concitoyens. Déjà Licinius avait voulu que les possesseurs des terres du domaine public employassent un certain nombre d'hommes libres pour la culture; et l'on attribue à C. Gracchus l'idée que personne ne devrait avoir plus de terres qu'il ne pourrait en cultiver lui-même [20].

Ainsi l'institution de l'esclavage était une cause de corruption, non-seulement parce qu'elle contient une violation de la dignité humaine, mais encore parce qu'elle permettait aux riches de centupler leurs moyens de domination, et d'aggraver de plus en plus le joug qu'ils faisaient peser sur les travailleurs libres. L'esclavage étendait sa pernicieuse influence même par delà sa durée. Tout affranchi devenait de plein droit citoyen romain. Or il est facile de comprendre à quel titre les esclaves d'un maître corrompu pouvaient mériter la faveur de l'affranchissement. Le servilisme, l'avidité, l'hypocrisie, la corruption, tous les vices en un mot avaient envahi cette société avilie; et cet état de dégradation devint de jour en jour plus désespérant à mesure que les affranchissements accrurent le nombre des citoyens. Ce mode de naturalisation était devenu si fréquent vers la fin de la république, que l'on crut devoir prendre des mesures législatives pour en prévenir l'abus [21].

Pourtant il y avait un élément qui aurait pu rendre à la république la force nécessaire pour se relever. Il eût suffi d'accorder aux habitants des villes d'Italie le droit de cité et de les faire participer au pouvoir législatif par une représentation rationnelle. Mais le sénat, prévoyant les suites inévitables d'une pareille réforme, chercha par tous les moyens possibles à la prévenir. Le patriotisme étroit et l'orgueil national de la plèbe lui vinrent en aide :

[20] Appien, *de bello civ.*, I, 7, p. 10. — Siculus Flaccus, *de condit. agror.*, p. 2, ed. Gœs. « (Gracchus) Intelligebat enim, contra jus esse, majorem modum possidere quam qui ab ipso possidente coli possit. »

[21] Voyez ci-après § 53. — Sur le débordement des affranchis, lisez Michelet, *Hist. rom.*, t. III, chap. 1. Avant la censure d'Appius Claudius (442), les affranchis, confondus avec les ærarii, avaient bien le droit de cité, mais ils étaient de fait privés des droits politiques. Appius, en distribuant dans les tribus tous les citoyens sans distinction, prépara une ochlocratie qui dut conduire au despotisme monarchique. (Tite-Live, IX, 46. « — Humilibus per omnes tribus divisis, forum et campum corrupit. » — Diodore, XX, 36. — Aulu-Gelle, VI, 9.) La mesure qui valut à Fabius le nom de Maximus, et qui consistait à reléguer les affranchis dans les tribus urbaines (449), n'était qu'une disposition transitoire et ne pouvait remédier aux vices de l'organisation sociale. — Tite-Live, IX, 46.

jamais celle-ci ne comprit de quelle utilité lui seraient les auxiliaires que cette mesure lui aurait donnés. Ce fut en vain que quelques hommes d'un génie supérieur cherchèrent à entrainer la masse inerte; elle les abandonna au moment décisif, et ce fut à de pareilles défections que les Gracques et Livius Drusus durent leur perte[22]. Même après que les alliés eurent forcé la fière Rome à les admettre dans son sein, la représentation des villes fut illusoire. Tout se concentrait dans la capitale; les richesses et le pouvoir, le talent et les vices, la misère et l'abjection. Rome absorbait l'Italie. C'est ainsi que des motifs d'ambition personnelle, des querelles d'individus purent provoquer des guerres civiles assez terribles pour amener la chute de la république.

Mais avant de passer à ces événements, il importe d'entrer dans quelques détails sur l'organisation intérieure de l'État.

DES COMICES.

§ 22.

Les comices par centuries (*comitia centuriata, comitiatus maximus*) sont maintenant la véritable assemblée nationale[23]. Elles délibèrent sur la guerre et sur la paix, votent sur les propositions de lois et élisent les principaux magistrats, particulièrement les consuls[24]. Le vote des projets de lois avait lieu sur la proposition que le sénat faisait faire par un consul; la sanction des curies fut abolie par une loi du dictateur Q. Publilius Philo (415)[25]. Pour les élections, la présentation du candidat par le sénat n'eut plus lieu depuis la loi des Douze tables, et la loi Mænia dispensa en 467 l'élection de la sanction des curies; les attributions des curies se bornèrent depuis à la simple formalité de conférer le pouvoir[26].

[22] VELL. PATERC., II, 2. 6. 14. — PLUTARQUE, *C. Gracchus*, 5. 8. — APPIEN, *de bello civ.*, I, 21. 23. 24. 35-39.

[23] Le peuple assemblé par centuries forme également l'armée romaine (v. § 13). Aussi les consuls essayèrent-ils de faire voter des lois par l'armée, par exemple une loi qui établit un impôt de cinq pour cent sur les affranchissements (*vicesima manumissionum*). Mais les tribuns, craignant les abus qui pourraient en résulter, le défendirent sous peine de mort. TITE-LIVE, VII, 16.

[24] DENYS D'HAL., VI, 66.

[25] Voyez sur ces modifications successives DENYS D'HAL., VII, 59. IX, 44. X, 4. 30. 31. — TITE-LIVE, IV, 8. 49. VII, 15. VIII, 12.

[26] « In incertum comitiorum eventum patres auctores fierent. » — CIC.

La loi des Douze tables fit également de ces comices le suprême tribunal criminel pour tous les citoyens [27]. Cependant pendant assez longtemps les patriciens s'arrogèrent encore le droit de juger dans les curies des hommes de leur caste acquittés par les centuries; et par contre les tribuns citèrent souvent des magistrats devant les tribus [28].

A une époque que nous ne pouvons préciser, l'organisation des centuries fut entièrement changée [29]. On conserva la division en cinq classes; mais le mode de voter dans chaque classe subit une modification très-importante. Les anciennes centuries furent remplacées par les tribus locales, dans lesquelles on inscrivit également les patriciens, de sorte que chaque classe contenait un nombre égal de centuries [30]. Ainsi vers la fin de la république, lorsque le nombre des tribus avait été porté (513) à trente-cinq, chaque classe se composait de trente-cinq centuries juniores et de trente-cinq centuries seniores, ce qui donne un nombre total de trois cent cinquante centuries, auxquelles il faut encore ajouter les centuries des chevaliers [31]. Ce changement eut évidemment pour but de diminuer l'influence de la richesse; car la première classe perdit par là les grands priviléges que Servius lui avait attribués. Elle en obtint un autre, celui de voter la première (*prærogativa*) qui parait avoir été d'une grande importance morale à Rome. Ce privilége lui fut enlevé par une loi de Caius Gracchus qui le fit dépendre du sort; mais cette loi ne fut jamais exécutée [32].

Brutus, c. 14. — Aulu-Gelle, XV, 27. C'est au vote successif des centuries et des curies que se rapporte le célèbre passage de Cicéron *adv. Rullum*, II, 12. « — Quum majores *binis* comitiis voluerint vos de singulis magistratibus judicare. »

[27] Cicéron, *de legib.*, III, 19; *de rep.* II, 20. — Dirksen, *fragm. tab.* IX, 2.

[28] M. Manlius fut jugé par les curies, Tite-Live, VI, 20. Voyez aussi le même, III, 56-58. IV, 44. V, 11. 12.

[29] Aucun auteur ancien ne nous apprend de quelle manière ce changement a été fait. Nous en sommes donc réduits aux hypothèses. Je suis obligé de renvoyer pour les détails à Niebuhr, t. II, page 374-409. — Savigny, dans le *Civil. Mag. de Hugo*, t. III. — Walter, *Gesch. d. R. R.* p. 135-138.

[30] De là vient que souvent les auteurs parlent de tribus quand il s'agit évidemment de comices par centuries. Polybe, VI, 14 (12). — Cic. *pro Plancio*, 20; *adv. Rullum*, II, 2. — Suétone, *César*, 41. 80; *Octavien*, 56. — V. Walter, page 136.

[31] Il parait que le nombre de ces centuries resta fixé à 18. Tite-Live, XLIII, 16. — Cic. *de rep.* II, 20. C'est aussi l'opinion de Niebuhr et de Walter. Savigny en porte le nombre à 35.

[32] Festus, v. « *Prærogativæ*... centuriæ dicuntur, ut docet Varro,... Ro-

Cependant l'aristocratie conserva toujours des moyens de dominer ces assemblées tant par les auspices que par le pouvoir arbitraire du magistrat qui les présidait.

§ 23.

Les affaires qui n'étaient pas du ressort des centuries se traitent dans les comices plébéiennes par *tribus*. Ce sont elles qui élisent les tribuns et quelques autres magistrats moins importants. En outre, presque tous les actes d'administration sont soumis à leur contrôle. Elles étaient encore d'une grande utilité pour la plèbe en ce qu'elles lui donnaient un moyen de discuter d'avance les propositions à porter devant les centuries. Quand une décision des tribus (*plebiscitum*) avait été sanctionnée par les curies et le sénat, elle avait force de loi générale. Ce principe fut solennellement établi par la loi Valeria (305). Q. Publilius Philo dispensa les plébiscites de la sanction des curies (416), comme il l'avait déjà fait à l'égard des décrets des centuries. Enfin, après la dernière émigration de la plèbe, la loi Hortensia attribua force de loi à tout plébiscite sans même exiger le concours du sénat[33]. C'est à partir de cette époque que la plèbe forme pour ainsi dire l'État; les tribuns deviennent magistrats de la nation entière et jouissent d'un pouvoir immense, surtout depuis qu'on leur a permis de faire arrêter tout citoyen quelconque et de le mettre en état d'accusation[34]. Mais un autre privilége qui leur fut accordé, et qui consistait en ce que chaque tribun pût faire individuellement usage du véto, devint pour le sénat un moyen d'empêcher les mesures qui lui paraissaient trop dangereuses, puisqu'il suffisait de corrompre un seul tribun pour rendre impossible toute délibération des comices. Tiberius Gracchus cependant sut annuler l'opposition de

mani, qui ignorarent petitores, facilius eos animadvertere possent. Verrius probabilius judicat esse, ut cum essent designati prærogativis, in sermonem res veniret populi de dignis indignisve, et fierent ceteri diligentiores ad suffragia de his ferenda. »

[33] « Ut quod tributim *plebs* jussisset *populum* teneret. » Ces mots nous sont également donnés par les auteurs comme le dispositif tant de la loi Valeria que de la loi Publilia, ce qui a fait croire que cette dernière et la loi Hortensia n'avaient eu d'autre but que de rétablir la loi Valeria tombée en désuétude. Mais cette opinion est démentie par les faits. Le seul moyen d'expliquer la disposition citée est celui que nous indiquons. Voyez au reste Niebuhr, t. II, page 414; t. III, page 491, note 717.

[34] Tite-Live, II, 56. IV, 26. V, 9. IX, 34. — Cic. *de legib.*, III, 9.

l'un de ses collègues vendu à l'aristocratie, en le faisant destituer sur-le-champ [35].

§ 24.

Les comices des *curies* perdirent de plus en plus de leur importance par suite des lois qui étendirent le pouvoir des centuries et des tribus. A la fin elles ne servent plus qu'à conférer l'imperium aux magistrats élus, ce qui n'est qu'une vaine formalité. Le peuple ne s'y assemble plus; les curies sont représentées par trente licteurs assistés des augures et des pontifes [36].

DU SÉNAT.

§ 25.

Le sénat avait l'administration suprême des affaires politiques et religieuses. Il représentait l'État à l'extérieur, levait les armées, décrétait les impôts et administrait les revenus de la république. A ce titre il disposait du butin et des conquêtes et dirigeait l'administration des provinces par des magistrats qu'il y envoyait. Ses décrets avaient force obligatoire et les magistrats devaient les exécuter, à moins qu'un tribun n'y opposât son véto [37]. Dans ce cas et dans tous les autres où un décret du sénat ne pouvait sortir ses effets, on le rédigeait cependant par écrit afin de le porter en temps opportun soit devant le peuple soit de nouveau devant le sénat [38]. Les décrets réguliers (*senatusconsulta*) étaient transcrits dans les archives et confiés à la garde des édiles plébéiens dans le temple de Cérès [39].

Ce sont les consuls, et plus tard les censeurs, qui choisissent les sénateurs parmi les notables (*per lectionem*). Celui qu'ils omet-

[35] APPIEN, *de bello civ.*, I, 12. — PLUTARQUE, *Ti. Gracchus*, 11. 12. 15.

[36] CIC. *contra Rullum*, II, 12. « (Comitiis)... ad speciem, atque ad usurpationem vetustatis, per XXX lictores, auspiciorum causa, adumbratis. »

[37] POLYBE, VI, 16 (14.) — AULU-GELLE, XIV, 7. — CIC. *de leg.*, III, 3.

[38] Ces décrets sont ordinairement appelés *senatus auctoritates*; mais ce mot comprend également les décrets réguliers ou *senatusconsulta*. TITE-LIVE, IV, 57. — DION CASSIUS, XLII, 23. LV, 3. — CIC. *de leg.*, II, 15; *de orat.*, III, 2; *ad famil.*, I, 2. 7. VIII, 8. — Voyez WALTER, page 901.

[39] Cette mesure fut prise pour empêcher les faux. Mais on en commit encore souvent dans la rédaction des sénatus-consultes. CIC. *Philipp.*, V, 4; *ad Attic.*, IV, 18; *ad famil.*, IX, 15. XII, 1. 29.

tent sur la liste est par cela même exclu (*præteritus*)[40]. Par la suite cependant l'exclusion ne pouvait plus avoir lieu que pour des causes déterminées [41]. Le sénat se recrutait encore des questeurs, qui y entraient après l'année de leur magistrature[42], mais n'étaient inscrits qu'au prochain lustre ; de là la différence entre *Senatores* et ceux *quibus in senatu sententiam dicere licet* [43]. Vers la fin de la république on fixa un cens sénatorial [44].

Les assemblées du sénat se tenaient dans un lieu sacré, ordinairement aux calendes, nones et ides de chaque mois, extraordinairement sur la convocation d'un magistrat. Les consuls présidaient aux délibérations et aux votes. Le doyen du sénat (*Princeps senatus*) opinait le premier; par la suite cependant les consuls appelaient dans l'ordre qu'ils trouvaient convenable. Chaque sénateur pouvait motiver son vote; il parait cependant que certains membres, notamment ceux qui y étaient entrés sans avoir été revêtus d'une dignité curule, n'avaient pas le droit d'énoncer leur opinion, mais qu'ils devaient se borner à accéder au vote de l'une ou de l'autre partie [45].

[40] FESTUS, v. « *Præteriti*... sanctum est, ut censores ex omni ordine optimum quemque curiatim in senatu legerent, quo factum est, ut qui præteriti essent et loco moti, haberentur ignominiosi. » — CIC. *pro Cluentio*, c. 42. «...C. Getam, quum a L. Metello et Cn. Domitio, censoribus, ex senatu ejectum esset, censorem ipsum postea esse factum. » Voyez aussi DION CASSIUS, XXXVIII, 30. XLII, 52.

[41] TITE-LIVE, XXXIX, 42.— ZONARAS, VII, 19.

[42] Il est intéressant de poursuivre l'histoire du sénat sous ce rapport. Dans le principe il est formé des chefs des gentes patriciennes; par la suite ce sont les censeurs qui nomment les sénateurs; à la fin le peuple les choisit, du moins indirectement, puisque c'est lui qui élit les magistrats qui en sortant de fonctions sont de plein droit sénateurs. C'est ainsi que CICÉRON dit, *in Verrem*, IV, 11 : « ... Populo Romano, cujus beneficio nos in hunc ordinem venimus. » Il ne fallait qu'une organisation rationnelle pour en faire une représentation nationale.

[43] FESTUS, v. « *Senatores*... cum senatores adesse jubentur, quibusque in senatu sententiam dicere licet; quia ii, qui post lustrum conditum ex junioribus magistratum ceperunt, et in senatu sententiam dicunt, et non vocantur senatores ante quam in senioribus sunt censi. — AULU-GELLE, III, 18.

[44] Le cens sénatorial était de 800,000 sesterces vers la fin de la république. Auguste le porta à 1,200,000. SUÉTONE, *Octav.*, c. 41.

[45] AULU-GELLE, III, 18.—Souvent aussi le sénat entier votait de cette manière, comme aujourd'hui par assis et levé. LE MÊME, l. cit. et XIV, 7. Voyez aussi CIC. *ad Attic.*, I. 16. 17.

DES MAGISTRATS.

§ 26.

Chaque magistrat avait à Rome ses attributions déterminées; mais dans le cercle de ces attributions son pouvoir était illimité et dépendait bien moins des lois ou d'un usage constant que des circonstances et de la confiance dont il jouissait personnellement. Ainsi nous lisons que le tribun C. Lætorius (282) menaça le consul Appius Claudius qui troublait l'assemblée des tribus de le faire arrêter, et le consul dut se retirer avec ses licteurs [46]. Lorsque Camille (387) fut nommé dictateur afin d'empêcher qu'on ne votât sur les propositions de Licinius, les tribuns le prévinrent qu'ils le feraient condamner à une amende de 500,000 as, au cas qu'il oserait agir comme dictateur, et Camille résigna ses fonctions[47]. L'impérieux dictateur L. Manlius dut également céder devant les tribuns. Et pour ne plus citer qu'un exemple, un tribun força Appius Claudius l'aveugle de se démettre de la censure en le menaçant de le faire arrêter comme rebelle [48]. Enfin l'histoire nous prouve que le pouvoir des magistrats romains était arbitraire et n'avait d'autres limites que celles qui lui étaient posées par l'opinion publique et par la responsabilité qu'ils encouraient par leurs actes. Car après leur gestion ils pouvaient être accusés, et il n'est pas sans exemple que le peuple ait ôté le pouvoir aux magistrats qui en abusaient [49]. En outre, l'exécution de leurs décrets pouvait être empêchée par tout autre magistrat, qui, ayant un rang égal ou plus élevé (*par majorve potestas*), usait de son droit d'intercession [50].

La plupart des magistrats étaient assistés d'un conseil. Le sénat en tenait lieu pour les consuls quand ils étaient à Rome; en dehors de la ville ils étaient ordinairement accompagnés de quelques sénateurs [51].

On n'obtenait les magistratures que dans un certain ordre qui fut définitivement fixé par Sylla [52]. Des lois particulières (*leges*

[46] Tite-Live, II, 56.

[47] Plutarque, *Camille*, c. 52.— Tite-Live, VI, 38. VII, 3.

[48] Voyez encore Cic. *Brutus*, c. 14, et ci-dessus § 23, note 35.

[49] Festus, v. « *Abacti* magistratus dicebantur qui coacti deposuerunt imperium. » V. aussi Tite-Live, XXVII, 21. XXIX, 19.

[50] Cicéron, *de legibus*, III, 4.—Appien, *de bello civ.*, I, 12. III, 50.

[51] Cicéron, *in Verrem*, II, 29. V, 21.—Tite-Live, XXIX, 20. XXXVIII, 60. — Salluste, *Jugurtha*, 62.

[52] Cicéron *Philipp.* XI, 5. — Appien *de bello civ.*, I, p. 100 suiv. 121.

annales) fixèrent l'âge avant lequel on ne pouvait se porter candidat pour les différentes fonctions publiques [53].

En général les magistrats avaient le droit de forcer l'exécution de leurs ordonnances par des amendes et des saisies; quelques-uns d'entre eux pouvaient même faire arrêter les citoyens récalcitrants et disposaient à cet effet de licteurs et d'appariteurs [54]. Le privilége d'être précédé de licteurs était en même temps une distinction honorifique, ainsi que la chaise curule. Les magistrats qui jouissaient de cette dernière s'appelaient *curules* [55].

On divisait les magistrats en *majeurs* et *mineurs*, selon qu'ils avaient ou non les grands auspices [56]. Une autre division est celle en *ordinaires* et *extraordinaires*. Les premiers sont ceux qui sont élus à des époques déterminées, ordinairement pour un an [57].

§ 27. *Magistrats ordinaires.*

Parmi les magistrats ordinaires du peuple romain figurent au premier rang les *consuls*, au nombre de deux, élus pour un an. C'est à eux que fut transféré l'ancien pouvoir royal. A ce titre ils étaient les chefs de l'armée et en général du pouvoir exécutif [58]. Pendant quelque temps ils administrèrent la justice. Ils perdirent définitivement cette attribution par la création de la préture. Cependant jusque dans les derniers temps de la république les décisions du préteur étaient susceptibles d'un appel aux consuls [59]. Lorsque les conquêtes de la république se furent étendues hors de l'Italie, les consuls obtenaient après l'année de leur magistrature l'administration d'une province (*pro consule*).

2° Le *préteur* était considéré comme le collègue des consuls; dans le principe il n'en différait pas même par le nom [60]. Ses fonctions

[53] Tite-Live, XL, 44, cite la loi Villia comme la première loi annale; mais il paraît qu'il y avait déjà auparavant des dispositions légales à cet égard. Le même, XXV, 2.

[54] Aulu-Gelle, XIII, 12. 13. — Fr. 2, D., *de in jus voc.* (2, 4). — Voyez encore Tite-Live, XXVII, 51. XLIII, 16, et Aulu-Gelle, XI, 1.

[55] Tite-Live, XIII, 23. — Voyez Niebuhr, t. II, page 439.

[56] Aulu-Gelle, XIII, 15. Cet auteur ne cite comme majores que les consuls, les préteurs, magistrats ordinaires. Il est évident qu'il oublie les magistrats extraordinaires, tels que le dictateur et l'interrex.

[57] Les censeurs cependant, quoique étant élus tous les cinq ans, ne conservaient leur pouvoir que pendant dix-huit mois. V. le § suiv., n° 3.

[58] Polybe, VI, 12 (10).

[59] Tite-Live, XLII, 9. — Plutarque, *Marius*, 38. — Valère-Max., VII, 7, 6.

[60] Tite-Live III, 55. VII, 1. — Aulu-Gelle XIII, 15. — Il n'avait cependant

consistaient à administrer la justice dans Rome et entre les citoyens romains. L'origine de cette charge remonte à la plus haute antiquité, mais elle n'existe comme magistrature ordinaire et indépendante que depuis l'admission des plébéiens au consulat.

Dans les premiers temps, c'était le doyen du sénat qui pendant l'absence du roi, et plus tard des consuls, remplissait les fonctions de gouverneur de la ville, et en cette qualité administrait la justice. De là le nom de *custos urbis*, *præfectus urbi*, et sous la république *prætor urbanus* [61]. Cette dignité fut suspendue par l'établissement des décemvirs, mais rétablie plus tard et confiée en 311 aux censeurs, puis (350) réunie à la dignité de tribun militaire patricien [62]. Enfin quand les plébéiens furent admis au consulat, on érigea la préture en magistrature ordinaire et séparée, exclusivement accessible aux patriciens (387) [63]. Les motifs qui engagèrent surtout les patriciens à se réserver ces fonctions étaient d'abord le pouvoir arbitraire du préteur dans les contestations relatives au domaine public, et puis le droit qu'il avait de désigner les juges dans tout procès quelconque. Ils furent cependant bientôt forcés de céder également sur ce point, et en 418 Q. Publilius Philo fut le premier préteur plébéien [64].

Le préteur ne jugeait que les contestations qui s'élevaient entre les citoyens romains. L'étranger qui avait des droits à défendre à Rome ne pouvait agir que par l'intermédiaire d'un patron qu'il devait choisir parmi les citoyens.

Cet usage devint de plus en plus gênant à mesure que les relations avec les étrangers s'étendirent et se multiplièrent. Pour remédier aux inconvénients qui en résultaient, on établit en 507 un

pas autant de licteurs. INCERTUS AUCTOR. *de magistrat. et sacerdot.*, p. 2. — APPIEN, *de reb. syr.*, 15.

[61] TACITE, *Ann.*, VI, 10. « ... Antea profectis domo regibus, ac mox magistratibus, ne urbs sine imperio foret, in tempus deligebatur, *qui jus redderet ac subitis mederetur.* » — JOANNES LYDUS. *de magistr.* I, 38. Τῷ δὲ εἰκοστῷ τρίτῳ τῶν ὑπάτων ἔτει εἰς τρεῖς μοίρας τὰ τῆς ἀρχῆς διῃρέθη, εἰς τοὺς ὑπάτους, εἰς τὸν τῆς πόλεως ὕπαρχον καὶ τὸν δῆμον. Καὶ οἱ μὲν ὕπατοι διώκουν τοὺς πολέμους, ὁ δὲ δῆμος ἐστρατεύετο, ὅγε μὴν ὕπαρχος τὴν πόλιν ἐφύλαττε, *custos urbis* προσαγορευόμενος, ὡσανεὶ φύλαξ τῆς πόλεως... II, 6. « Τῷ πολιάρχῳ, ὃν καὶ αὐτὸν ὕπαρχον ὀνομασθῆναι προδεδήλωται, πραίτωρα οὐρβανὸν τὸ πρὶν προσαγορευόμενον. »

[62] JOANNES LYDUS, *de magistr.*, I, 34. — TITE-LIVE, III, 33. 41. — DENYS D'HAL., X, 57. XI, 23. 44. — Pour les tribuns militaires, v. TITE-LIVE, V, 13. VI, 6.

[63] TITE-LIVE, VI, 42. « ... Concessumque ab nobilitate plebi de consule plebeio ; à plebe nobilitati de prætore uno qui jus in urbe diceret, ex patribus creando. »

[64] TITE-LIVE, VIII, 15.

préteur pour rendre la justice aux étrangers ou décider leurs contestations avec les citoyens (*prætor peregrinus*) [65]. Ce préteur se rendait successivement dans les principales villes d'Italie, comme le font aujourd'hui les douze juges d'Angleterre ; ensuite il siégeait à Rome [66].

Par la suite on créa de nouveaux préteurs pour l'administration des provinces, deux pour la Sicile et la Sardaigne (537) et autant pour les deux Espagnes (555) [67]. Bientôt les préteurs s'habituèrent à rester dans Rome pendant la durée de leurs fonctions et à ne se rendre dans les provinces qu'après l'année de leur magistrature (*pro prætore*). Cet usage fut particulièrement favorisé par l'institution des tribunaux permanents pour certains crimes (*quæstiones perpetuæ*) dont la présidence était ordinairement conférée à un préteur, qui en cette qualité portait le titre d'inquisiteur (*quæsitor, quæstor*) [68]. Sylla et César portèrent le nombre des préteurs à dix [69]. Parmi tous ces magistrats, le sort décidait à qui appartiendraient les différents départements. Le premier d'entre eux était toujours le prætor urbanus, dont les fonctions étaient considérées comme si importantes qu'il ne lui était pas permis de s'absenter de Rome pendant plus de dix jours [70].

3° Les *censeurs* devaient être régulièrement élus tous les cinq ans (*lustrum*) pour dix-huit mois. Ils avaient l'administration des domaines et des revenus de l'État, tenaient les rôles des contributions, et établissaient le cens qui servait de base à l'organisation des centuries [71]. Ces fonctions leur assurèrent une autorité d'au-

[65] « Qui inter cives et peregrinos jus dicit. » — « Qui inter peregrinos jus dicit. » LEX SERVILIA, c. 6. — TAB. HERACL., I, 8. 11. — LEX RUBRIA, *de Gall. Cisalp.*, colonne 1, lignes 24. 34. — INCERTUS AUCTOR, *de magistr.*, p. 2. — Fr. 2, § 28. D., *de orig. juris* (1, 2). — JOANNES LYDUS, *de magistr.*, I, 38. 45. Ἐπὶ δὲ τοῦ τρίτου καὶ ἑξηκοστοῦ καὶ διακοσιοστοῦ τῶν ὑπάτων ἔτους ἕτερος προεβλήθη πραίτωρ, ὥστε τοῖς ξένοις διαιτᾶν. — Voyez encore NIEBUHR, t. I, p. 622, notes 1318. 1319.

[66] WARNKÖNIG, *Hist. ext. du droit rom.*, p. 60.

[67] INCERT. AUCTOR, *de magistr.*, *l. l.* — Fr. 2, § 32. D., *de orig. juris* (2, 1).

[68] Fr. 2, § 32, D. *cit.* — CIC., *Brutus*, 27; *pro Murena*, 28; *pro Cluentio*, 55; *de finibus*, II, 16. — JOANNES LYDUS, *de magistr.*, I, 25. — « Κυαίστωρ τοίνυν ὁ ζητητὴς ἀπὸ τοῦ *quærere*, οἷον ἐρευνᾷν. »

[69] SUÉTONE, *César*, 41. — DION CASSIUS, XLII, 51. — Fr. 2, § 32, D., *de orig. juris* (1, 2).

[70] FESTUS, v. *Majorem consulem*. « ... Prætorem autem majorem urbanum, minores cæteros. » — CIC., *Philipp.*, II, 13; *ad famil.*, XI, 3.

[71] CICÉRON, *de legibus*, III, 3. — DENYS D'HAL., IV, 15. V, 75. — TITE-LIVE, XLIII, 14. — AULU-GELLE, IV, 3. 20. Sur la manière dont le cens se faisait dans les municipes, v. TABULA HERACL., au chap. pénult.

tant plus grande, qu'ils agissaient d'une manière tout à fait arbitraire dans le classement des contribuables [72]. Ils créaient et éliminaient les sénateurs et les chevaliers, et distribuaient les citoyens dans les différentes tribus, puis dans les classes et centuries. Bien plus, ils pouvaient même priver un citoyen de tous ses droits politiques, en le classant parmi les ærarii ou en le portant sur les tables des Cærites [73].

Leur pouvoir était illimité comme celui de tout autre magistrat dans le cercle de ses attributions. Ainsi, chaque censeur pouvait annuler ce que son prédécesseur avait fait [74]. L'appréciation des faits qui pouvaient motiver une dégradation civique était abandonnée à la conscience du magistrat. L'usage finit cependant par établir des règles plus certaines, qui tendaient surtout à maintenir la pureté des mœurs [75]. C'est ainsi que les censeurs devinrent les juges de la moralité de chaque citoyen, et en cette qualité ils jouissaient d'un respect bien plus grand que les consuls eux-mêmes, quoique leur pouvoir n'allât jamais jusqu'au droit d'intercéder contre eux [76].

4° Les *édiles curules*, au nombre de deux. Cette magistrature fut créée en même temps que la préture urbaine, et n'était d'abord accessible qu'aux patriciens [77]. Ils étaient chargés de fonctions qui, d'après nos idées, sont du domaine de la police. Ils organisaient les grands jeux, surveillaient les greniers et magasins de la république, les édifices publics, les rues et les marchés ainsi que les opérations de vente et d'achat qui s'y faisaient [78]. Sous ce dernier

[72] VARRON *de l. l.*, IV, 14. « Censor, ad cujus censionem, id est *arbitrium*, censeretur populus. —TITE-LIVE, IV, 8.

[73] ASCONIUS, *in Cic. div. Cæc.* 3. « ... Hi prorsus cives sic notabant, ut qui senator esset, ejiceretur senatu; qui equus Romanus, equum publicum perderet; qui plebeius in tabulas Cæritum referretur et ærarius fieret, ac per hoc non in albo esset centuriæ suæ, sed ad hoc esset cives tantum, ut pro capite suo tributi nomine æra penderet. » Il ne faut pas perdre de vue que l'imposition des ærarii était tout à fait arbitraire. Ainsi en 321 les censeurs, tout en reléguant le patricien Mamercus parmi les ærarii, lui imposent « octuplicatum censum. » TITE-LIVE, IV, 24. — Voyez encore TITE-LIVE, XXVII, 11. XL, 51. XLV, 15.—AULU-GELLE, XVI, 13.—ZONARAS, VII, 19.

[74] CIC. *pro Cluentio*, 21.

[75] Voyez NIEBUHR, t. II, page 449.

[76] CIC. *de legibus* III, 3. — TITE-LIVE, IV, 8. — ASCONIUS, *in Cic., cité* note 73.—TACITE, *Ann.*, III, 28; *Hist.*, III, 9.—PLUTARQUE, *Caton l'Ancien*, 16; *Paul Émile*, 38. — VAL. MAX., VIII, 13.

[77] TITE-LIVE, VI, 42. VII, 1.

[78] VARRON, *de l. l.*, V, 81. « Ædilis dicitur qui ædes sacras et privatas cura-

rapport ils exerçaient même une juridiction particulière [79]. En outre ils remplissaient les fonctions de ministère public à l'égard de certains crimes, par exemple de ceux contre la religion, des crimes d'empoisonnement, de sortilége, d'usure, d'outrage à la pudeur publique [80]. Longtemps avant que l'édilité curule fût établie, les plébéiens avaient déjà eu leurs édiles qui étaient les lieutenants des tribuns et remplissaient à l'égard de la plèbe les mêmes fonctions qui furent plus tard confiées aux autres édiles. Par la suite, ces deux classes d'édiles se confondirent, nous ne savons trop quand ni comment. Cependant les édiles plébéiens ne furent jamais élevés à la dignité de magistratus *populi* et les édiles curules conservèrent toujours un rang plus élevé [81].

5° Les *questeurs,* auxquels la garde du trésor était confiée. C'est par la questure que les hommes d'État commençaient leur carrière[82]. Dans le principe, il n'y en eut que deux. Le nombre fut doublé en 335, quand les plébéiens furent admis à ces fonctions [83]. Après la conquête de l'Italie on créa quatre nouveaux questeurs pour l'administration de ce pays. Sylla en porta le nombre à vingt, et César à quarante [84]. Deux seulement de ces questeurs restaient à Rome; les autres administraient les finances dans les provinces.

Il ne faut pas confondre ces *questeurs du trésor* avec des magistrats judiciaires, appelés également *quæstores, inquisiteurs* [85]. Déjà sous les premiers rois nous trouvons des inquisiteurs particuliers pour deux espèces de crime, la trahison et le parricide (*quæstores seu duumviri perduellionis et parricidii*). Ces fonctions ne formaient

ret. » — FESTUS, v. *Ædilis.* — TABULA HERACL., alin. 7 et suiv. — DENYS D'HAL., VI, 9. — CIC., *in Verrem,* V, 14. — TITT., D., *de via publica* (43, 10); *de Ædilitio edicto* (21, 1).

[79] Fr., 2, § 34, D., *de orig. juris* (1, 2). — Fr., 1, § 1. Fr. 63, D., *de Ædil. ed.* (21, 1).

[80] CIC. *in Verrem,* I, 12. « Hoc mihi sumo, hoc mihi deposco, quod agam in magistratu, quod agam ex loco, ex quo me populus Romanus ex Kal. Januar. *secum agere de re publica ac de hominibus improbis voluit : hoc munus ædilitatis* meæ... polliceor. » Voyez au reste NIEBUHR, II, page 31. 49, et WALTER, page 159, notes 98. 110.

[81] CIC. *in Verrem,* V, 14. — PLUTARQUE, *Marius,* 5.

[82] ASCONIUS, *in Cic. divin.,* c. 10.

[83] POLYBE, VI, 39 (37).

[84] TACITE, *Ann.,* XI, 22. — DION CASSIUS, XLIII, 47. 51.

[85] JOANNES LYDUS, I, 27, oppose à ces inquisiteurs les questeurs du trésor sous le nom de *quæstores classici.* « Distributores videlicet exactoresque pecuniarum. »

pas une magistrature permanente, mais le peuple nommait les questeurs chaque fois qu'un cas se présentait, et les chargeait d'instruire contre l'accusé et de le juger, sauf le droit de celui-ci d'appeler au peuple de leurs décisions[86]. Par la suite leurs fonctions se bornèrent à instruire l'affaire et à poursuivre l'accusation devant les comices[87]. Sous la république le peuple créait aussi quelquefois des inquisiteurs pour différents crimes[88]. Enfin, après l'institution des tribunaux permanents (*quæstiones perpetuæ*), le préteur qui présidait le tribunal portait également le nom de *quæsitor, quæstor*[89].

§ 28. *Magistrats extraordinaires.*

Parmi les magistrats extraordinaires nous distinguons:

1° Le *dictateur*. Cette magistrature fut créée en 253 à l'exemple des villes latines. D'abord le dictateur fut élu par les curies[90]. Par la suite ce fut le sénat, et plus tard un consul, qui sur la désignation du sénat choisirent le dictateur, lequel alors s'adjoignait un magister equitum. Le pouvoir conféré au dictateur pour un temps qui ne pouvait excéder six mois était plus grand que celui de tous les autres magistrats; pendant sa gestion, ceux-ci cessaient

[86] Festus, v. «*Sororium* tigillum appellatur hac de causa... et Horatius noster exsuperasset victorque domum reverteretur, obvia soror... aversata est ejus osculum, quo nomine Horatius interfecit eam. Et quamquam a patre absolutus sceleris erat, accusatus tamen parricidii apud Duumviros, *damnatusque,* provocavit ad populum... » Tite-Live, I, 26. VI, 20. — Walter, page 856, n'accorde qu'aux duumviri parricidii le droit de juger; les duumviri perduellionis n'auraient été d'après lui que juges d'instruction et accusateurs publics. Mais aucun des passages cités par lui n'établit cette distinction. Bien au contraire, Tite-Live, VI, 20, en parlant de Manlius, dit, « Sunt, qui per duumviros, qui de perduellione anquirerent, creatos auctores sint damnatum. »

[87] Varron, *de lingua lat.*, V, 9. « ... Ut commentarium indicat vetus inquisitionis M. Sergii Mani filii quæstoris, qui capitis accusavit Trogum... In eodem commentario inquisitionis, scriptum caput edicti hoc est. » (Page 44, éd. Gothofr.)

[88] Tite-Live, IV, 51.

[89] Ascon., *in act.* 1, *in Verrem.* « *Quæsitor*, prætor de pecuniis repetundis quæstionem exercens, nam proprie quæsitores dicuntur criminalium quæstionum, ut Virgilius (*Æn.*, VI, 432) : *Quæsitor Minos urnam movet.* »

[90] Festus, v. « *Optima lex* in magistro populi faciendo, qui vulgo dictator appellatur quam plenissimum posset jus esse, significabatur : ut fuit Mamii Valerii, M. J. Volusinæ gentis, qui primus Magister a *populo* creatus est. » — Tite-Live, V, 46. « ... Ut a jussu populi Camillus dictator extemplo crearetur. »

leurs fonctions, à l'exception toutefois des tribuns[91]. Dans le principe il n'y avait pas même d'appel de ses décisions; mais les patriciens obtinrent bientôt le droit d'en appeler aux curies[92]. Au reste il est assez difficile de se rendre un compte exact de l'étendue du pouvoir dictatorial. Il est probable qu'il était plutôt déterminé par les circonstances que par la loi ou par un usage constant. Car bien qu'ordinairement le dictateur agisse en maître absolu, parfois aussi nous le voyons faiblir et céder devant la courageuse opposition des tribuns [93]. Plus la plèbe conquit de droits, plus le pouvoir du dictateur diminua. Bientôt on n'en choisit plus que dans des occasions insignifiantes; et dès le milieu du sixième siècle, il n'en est plus question. En temps de danger, le sénat étendait le pouvoir des consuls : « videant, ne quid respublica detrimenti capiat[94]. » Sylla et César se firent conférer le titre de dictator perpetuus.

2° Le sénateur qui pendant la vacance du trône exerçait le pouvoir royal s'appelait *interrex*. Le nom fut conservé pour désigner celui qui exerçait le pouvoir consulaire quand il n'y avait pas de consuls[95]. Son autorité ne durait que cinq jours; passé ce délai, il devait être remplacé par un autre sénateur. Sa principale charge était de présider les comices pour l'élection des nouveaux consuls. Cette dignité demeura toujours réservée aux patriciens [96].

§ 29. *Des tribuns de la plèbe et de quelques autres magistrats et fonctionnaires.*

Originairement les *tribuns de la plèbe* n'étaient point magistrats,

[91] Polybe, III, 87.

[92] Festus, v. *Optima lex.* « ... Propter quam vero provocatio ab eo magistratu ad populum dicta est, quæ antea non erat, desitum est adjici : *ut optima lege,* utpote imminuto jure priorum magistrorum. — Tite-Live, VIII, 33.

[93] Cicéron, *de rep.*, II, 13. 21; *de legibus,* III, 33. —Tite-Live, I, 17.

[94] Nous nous bornons ici à citer Salluste, *Catilina.* « Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit, darent operam consules, ne quid respublica detrimenti caperet. Ea potestas per senatum more Romano magistratui maxima permittitur, exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque cives, domi militiæque summum imperium ac judicium summum habere. Aliter sine populi jussu nullius earum rerum consuli jus est. »

[95] Tite-Live, I, 17. VII, 21. — Cic., *de leg.*, III, 3. — Ascon., *in Cic. pro Mil.*, c. 5.

[96] *Declamatio pro domo,* c. 14.

parce qu'ils n'avaient aucune administration et que leur pouvoir ne s'étendait point au delà de la plèbe. Leurs fonctions se bornèrent dans le principe à intercéder en faveur de leurs concitoyens et à opposer leur veto aux actes qui leur paraissaient nuisibles. En outre ils remplissaient les fonctions de juges de paix ou d'arbitres pour les plébéiens [97]. Bientôt ils obtinrent de pouvoir poursuivre devant les tribus les patriciens qui se seraient rendus coupables d'outrage envers la plèbe [98]. Dans l'exercice de ces fonctions judiciaires, ils étaient assistés des édiles plébéiens. Après la nouvelle organisation des centuries, dans laquelle les tribus formaient la base de division, les tribuns furent considérés comme magistrats de la nation entière, et même les patriciens invoquèrent souvent leur protection. Ils présidaient les comices par tribus et avaient le droit de convoquer le sénat et d'y faire des propositions. Leur veto suffisait pour paralyser tout décret de ce corps ou d'un magistrat quelconque; et quelquefois même ils allaient jusqu'à faire arrêter ceux qui osaient agir contre leurs ordres, sans reculer devant la puissance des consuls, des censeurs ou même du dictateur [99]. Leur inviolabilité les protégeait dans l'exercice de leurs fonctions. De cette manière on peut dire que vers la fin de la république les tribuns étaient de fait les magistrats les plus puissants. Sylla restreignit de beaucoup leurs priviléges; mais Pompée les leur rendit dans leur ancienne étendue [100].

L'élection des tribuns, dont le nombre fut porté en 360 à dix (deux de chaque classe), se faisait dans les comices par tribus sous la présidence d'un tribun désigné par le sort. Les plébéiens seuls étaient éligibles; le collége des tribuns était tenu sous peine capitale de pourvoir au remplacement des tribuns sortants [1].

[97] Denys d'Hal., VII, 58. — Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 38. 44.

[98] Denys d'Hal., IX, 46. — Joannes Lydus, *de mag.*, I, 44. — Le premier exemple d'une pareille accusation est celui de Coriolan, condamné par les tribus, conformément à un principe de l'ancien droit des gens d'Italie, d'après lequel celui qui s'était rendu coupable d'un délit envers un peuple devait être extradé par sa nation et jugé par celle qu'il avait insultée. Tite-Live, II, 34. 35. — Denys d'Hal., VII, 21, 65. — Voyez Niebuhr, t. II, pages 265. 276.

[99] Cic. *in Vatin.*, 9, 10, 14. — Tite-Live, II, 56. IV, 26. VII, 3. IX, 34.

[100] Tite-Live, *epit.*, LXXI, LXXX. — César, *de bello civ.*, I, 6. — Appien, *de bello civ.*, I, 6. — Salluste, *Cat.*, 38. — Cic. *de legibus*, III, 2; *in Verrem*, I, 15.

[1] « Qui plebem sine tribunis reliquisset, quique magistratum sine provocatione creasset, tergo atque capite puniretur. » Plébiscite voté sur la proposition du tribun M. Duilius (306). Tite-Live, III, 55.

Outre ces dignités importantes, nous trouvons encore grand nombre de magistratures qu'il suffit ici d'indiquer par leur nom, savoir, les *decemviri litibus judicandis,* juges civils, les *tresviri capitales,* chargés de certaines attributions de la police judiciaire, les *tribuni œrarii,* receveurs des contributions, les *quatuorviri viarum,* les *tresviri monetales* et d'autres [2].

En général toute autorité publique avait à sa disposition des greffiers, des scribes, des licteurs, des hérauts, des huissiers et d'autres employés qui formaient ordinairement une corporation organisée [3].

CONQUÊTES, AGRANDISSEMENT ET CHUTE DE LA RÉPUBLIQUE.

§ 30. *Droit de guerre. — Villes incorporées. — Municipes.*

Dans leurs relations extérieures les Romains montrent le même caractère exclusif qui distingue leur législation civile. Ils ne reconnaissent de droits qu'à ceux qui font partie de leur État. Ce principe rigoureux est au reste appliqué dans toute son étendue et avec réciprocité, et les Romains se considèrent également comme étant sans droits vis-à-vis d'un autre État [4]. Conformément à ces idées les mots «étranger» et «ennemi» étaient synonymes dans le principe (*hostis, hospes*) [5]. Le seul moyen de sortir de cet état d'hostilité était de faire des traités avec la république. Nous en trouvons depuis les temps les plus reculés, et le droit international fut de bonne heure cultivé et développé par les Romains. Un collége de prêtres, appelés *feciales,* était spécialement chargé de veiller à l'observation du droit des gens [6].

De ces principes il résulte évidemment qu'en cas de guerre tout ce qui tombait dans les mains des Romains appartenait à la république, hommes et biens [7]. Les hommes, si on leur laissait la vie,

[2] Fr. 2, § 29. 30. 31, D., *de origine juris* (1, 2). Voyez aussi WALTER, p. 165 et suiv.

[3] Notarii, scribæ, lictores, præcones, viatores, accensi.—DION CASS., LXXIV, 4. — ASCONIUS, *in Cornel.*— En outre il y avait des esclaves publics à la disposition des fonctionnaires. AULU-GELLE, XIII, 13.

[4] Fr. 5, § 2, D., *de captivis* (49, 15).

[5] VARRON, *de l. l.*, V, 3. — CIC. *de off.*, I, 12.— FESTUS, v. *Status dies.*

[6] C'était une institution italique. TITE-LIVE, I, 24. 32.—DENYS D'HAL., I, 21. II, 72.— SERVIUS, *ad Virg. Æn.*, VII, 695. VIII, 39. IX, 1. X, 14.

[7] GAIUS, II, 69. — § 17. I. *de rer. div.* (2, 1). —Fr. 51, D., *de relig.* (11, 7). — Fr. 5, § 7, D., *de acq. rer. dom.* (41, 1).

devenaient esclaves [8]. Les biens étaient confisqués, les immeubles toujours au profit du domaine public, tandis que les meubles, le butin étaient souvent abandonnés aux soldats [9]. La nation qui voulait éviter ces malheurs devait se soumettre à discrétion (*deditio*). Alors on laissait ordinairement aux anciens propriétaires la plus grande partie de leurs biens [10]. Mais l'existence politique du peuple conquis était toujours anéantie [11]. Des otages donnés aux Romains, des garnisons mises dans les forteresses du pays répondaient de la fidélité des malheureux vaincus [12]. On redoublait de rigueur contre un peuple qui, après avoir été soumis, cherchait à se soustraire au joug (*rebellare*) [13].

Cependant il n'était pas toujours donné aux Romains d'agir avec tant de hauteur; dans les premiers temps surtout, ils étaient souvent obligés de recourir à d'autres moyens. Ainsi, quelquefois on offrait à un peuple de s'unir à Rome. Dans le principe pareille union mettait les deux nations sur la même ligne, comme cela eut lieu à l'égard des Sabins et des Étrusques [14]. (V. § 8, notes 2. 3). Mais par la suite on se borna à accorder aux habitants des villes incorporées le droit de cité sans suffrage, et même pendant quelque temps sans connubium. C'est ainsi que se forma la plèbe. Nous trouvons encore d'autres exemples d'une incorporation pareille sous la république [15].

Les mêmes droits pouvaient être accordés à des villes indépendantes. Cela avait d'abord lieu quand la république octroyait à un peuple l'*hospitium publicum*, récompense qui fut donnée aux

[8] C'est même de là que l'on faisait dériver le mot *servus* (de *servare*). § 3. I. *de jure person.* (1, 3). Souvent après des guerres opiniâtres on tuait les chefs qu'on avait faits prisonniers. C'est ainsi que moururent Pontius, le chef des Samnites, et Jugurtha. Tite-Live, VII, 19. XXXI, 27. — César, *de bello gall.*, III, 16.

[9] Denys d'Hal., IV, 24. VII, 6. 3. — Polybe, X, 16. — Tite-Live, IV, 53. V, 22. — Aulu-Gelle, XVI, 4. — Isidore, *Orig.*, V, 7 in f.

[10] Voyez Niebuhr, tome I, p. 373.

[11] Tite-Live, I, 38. VII, 31. IX, 9.

[12] Polybe, XVIII, 20. — Tite-Live, XXVIII, 34. XXX, 42. XXXVII, 32. — Ce traitement s'accorde bien avec la belle devise des Romains : « Parcere subjectis et debellare superbos. » Virgile, *Æn.*, VI, 854.

[13] Tite-Live, II, 16. 17. IV, 51. 34. VIII, 12. 14. XXIII, 37. XLV, 34. — Denys d'Hal., V, 49.

[14] Servius, *ad Virg. Æn.*, VII, 709. « ... Recepti in urbem Sabini sunt, sed hac lege, ut in omnibus essent cives Romani, excepta suffragii latione. » — Voyez Niebuhr, t. II, p. 302.

[15] Polybe, III, 22. — Tite-Live, VI, 26. 33.

villes de Cære et de Marseille, après l'invasion des Gaulois [16]. Puis on faisait souvent des traités réciproques, par lesquels les deux villes contractantes accordaient mutuellement à leurs citoyens des droits égaux, ou, comme les Grecs s'exprimaient, le droit d'isopolitie. Il en résultait pour les citoyens de l'un des deux États le droit d'acquérir dans le territoire de l'autre, de s'y établir et de jouir, par suite de cet établissement, de tous les droits de citoyen, sauf les restrictions qui pouvaient exister par rapport au droit de suffrage et aux emplois publics. Les villes qui se trouvaient dans un pareil rapport étaient appelées *municipia* [17]. Elles différaient des villes incorporées en ce qu'elles conservaient leur indépendance politique; mais cette différence perdit de plus en plus de son importance, et par la suite le nom de municipes est donné à toutes les villes dont les habitants jouissent des droits de citoyen romain [18]. (V. §§ 36. 56.)

[16] Tite-Live, V, 50.—Aulu-Gelle, XVI, 13.—Les habitants de Cære avaient donc le droit de cité, moins le droit de suffrage. De là vient qu'on disait d'un citoyen privé de ce droit, qu'il avait été porté *in tabulas Cæritum*.

[17] L'étymologie du mot est douteuse. Varron, *de l. l.*, V, 16. « Municipes, quia una munus fungi debent. » — Fr. 1, § 1, D., *ad municip.* (50, 1). « Et proprie quidem municipes appellantur muneris participes, recepti in civitate, ut munera nobiscum faciant. » — Fr. 8 in f., D., *de verb. sign.* (50, 16). « ... Municipes dici, quod munera civilia capiant. » — Voyez Niebuhr, t. II, p. 60 et suiv., et ci-après, § 36.

[18] Les différentes acceptions du mot « municipium » sont indiquées dans deux articles de Festus, que nous reproduisons ici : « V. *Municipium*. Id genus hominum dicitur, qui, cum Romam venissent, neque cives Romani essent, participes tamen fuerunt omnium rerum ad munus fungendum una cum Romanis civibus, præterquam de suffragio ferendo aut magistratu capiendo; sicut fuerunt Fundani, Formiani, Cumani, Acerrani, Lanuvini, Tusculani, qui post aliquos annos cives Romani effecti sunt. Alio modo, cum id genus hominum definitur, quorum civitas universa in civitatem Romanam venit; ut Aricini, Cærites, Anagnini. Tertio cum id genus hominum definitur, qui ad civitatem Romanam ita venerunt, uti municipia essent sua cujusque civitatis et coloniæ, ut Tiburtes, Prænestini, Pisani, Urbinates, Nolani, Bononienses, Placentini, Nepesini, Sutrini, Lucenses. — V. *Municeps*. Item municipes erant qui ex aliis civitatibus Romam venissent, quibus non licebat magistratum capere, sed tantum muneris partem. At Ser. filius aiebat initio fuisse, qui ea conditione cives Romani fuissent, ut semper rempublicam separatim a populo Rom. haberent, Cumanos videlicet, Acerranos, Atellanos, qui æque cives Rom. erant, et in legione merebant, sed dignitates non capiebant. » Ces deux passages ne laissent pas que de présenter des difficultés qui proviennent du défaut d'une base certaine de distinction et de ce que différentes époques y sont confondues. Mais on peut y découvrir et distinguer les diverses espèces que nous avons signalées depuis la note 14. jusqu'à celle-ci. — Aulu-Gelle, dans un

§ 31. *Traités d'alliance. — Latins. — Alliés. — Guerre sociale. — Droit de cité accordé aux Italiens.*

Les villes indépendantes qui avaient ce droit étaient sans doute toujours alliées de Rome; mais la république concluait aussi des traités d'alliance avec d'autres peuples (*socii*). La condition de ces alliés n'était point uniforme, elle dépendait des stipulations particulières contenues dans le traité. En général on distinguait les alliés libres, et les fédérés [19]. Souvent le traité contenait une disposition humiliante pour le peuple allié (*majestatem populi Romani colunto*)[20], et il y avait des alliés dont la condition ressemblait tellement à celle des peuples soumis qu'on se servait d'un terme analogue pour la désigner (*ditio*) [21].

Les plus privilégiés parmi les alliés étaient les Latins (*nomen Latinum*). Des traités, qui dataient du temps des rois, leur avaient assuré des droits égaux à ceux des citoyens romains, y compris le connubium; ils pouvaient même voter à Rome dans une tribu que le sort désignait [22], et y acquérir sans restriction le droit de cité, en s'établissant dans cette ville, pourvu qu'ils laissassent un descendant dans leur ville natale [23]. Bien plus ils devenaient de plein droit citoyens romains quand ils avaient rempli une magistrature dans leur cité [24]. Les autres alliés d'Italie étaient loin de jouir

passage devenu célèbre, XVI, 13, ne considère que le dernier développement des municipes. « Municipes ergo sunt cives Romani legibus suis et suo jure utentes, muneris tantum cum populo participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla alia lege adstricti cum nunquam populus eorum fundus factus esset. » La notice historique qu'il ajoute ne sert guère à éclaircir la question. « Primos autem municipes sine suffragii jure Cærites factos esse accipimus, concessumque illis, ut civitatis romanæ honorem quidem caperent, sed negotiis tamen atque oneribus vacarent, pro sacris bello gallico receptis custoditisque. »

[19] Cic. *in Verrem*, II, lib. 3, c. 6. — Pline, *Hist. nat.*, III, 3. 4 (1, 3). IV, 31, 32 (17, 18).

[20] Cic. *pro Balbo*, c. 16. — Fr. 7, D., *de captiv. et postlim.* (49, 14).

[21] Tite-Live, XXVI, 16. 33.

[22] Appien, *de bello civ.*, I, 23. — Tite-Live, XXV, 3.

[23] Tite-Live, XLI, 8. 9. — Voyez encore le même, XXXIX, 3. XLII, 10.

[24] Appien, *de bello civ.*, II, 26. — Ascon., *in Pison.*, fragm. 2. — Après la grande guerre qui finit en 416 par la soumission des Latins, ces priviléges furent considérablement restreints; plusieurs villes furent incorporées à la république, d'autres perdirent une grande partie de leur territoire, et afin d'anéantir l'esprit national, on défendit même les mariages entre habitants de différentes villes.

des mêmes priviléges. Ils étaient, à la vérité, libres dans leur administration intérieure; ils choisissaient leurs magistrats et n'étaient point soumis à la juridiction de Rome; mais de fait le joug des magistrats romains pesait sur eux, et leur condition devint fort onéreuse par suite des guerres continuelles et des exactions du sénat; au point qu'ils trouvèrent préférable de renoncer au simulacre de nationalité qu'on leur avait laissé afin de participer aux droits de citoyen romain, dont ils supportaient toutes les charges. Les chefs du parti démocratique à Rome se firent les interprètes de leurs demandes justes, mais leurs efforts échouèrent devant l'opposition constante et obstinée du sénat. Enfin (662) les alliés se soulevèrent et commencèrent une guerre qui faillit amener la ruine de Rome. Le sénat se vit forcé d'accorder le droit de cité d'abord à plusieurs villes pour les maintenir dans la fidélité (*loi Julia de civitate sociis danda*, 662), puis même à celles qu'il avait vaincues après une résistance opiniâtre (*loi Plautia, de civitate*, 665). On créa pour les alliés huit nouvelles tribus qu'on répartit plus tard parmi les trente-cinq déjà existantes [25].

§ 32. *Jus italicum.—Conquêtes hors de l'Italie.— Chute de la république.*

Les habitants de l'Italie entière jouissaient maintenant des droits de citoyen romain [26]. Mais cette contrée avait encore d'autres priviléges très-importants. Le principe d'après lequel tout territoire conquis appartenait à la république ne fut jamais appliqué dans toute sa rigueur aux villes italiques. Abstraction faite des terres que le sénat confisquait au profit du domaine public, on laissait aux propriétaires leurs biens, et on leur accordait la même protection qu'aux citoyens de Rome. Le territoire d'Italie avait le privilége de la propriété romaine (*dominium ex jure Quiritium*). Il n'en fut point de même des autres contrées que les Romains soumirent par la suite. Les terres y étaient considérées comme appartenant à la république; et bien qu'on laissât ordinairement aux détenteurs les fonds qu'ils cultivaient, on ne leur en attribuait cependant point la propriété, mais seulement la possession et un droit d'usage [27].

[25] Voyez sur la guerre sociale Appien *de bello civ.*, I, 35, 68.— Tite-Live, *epit.*, LXXI, LXXX. — Florus, III, 17, 18. —Velleius Paterc., II, 14. 15.

[26] Peu après on accorda également le droit de cité à la Gaule Cisalpine sous des conditions réglées par la loi *Rubria*, dont nous possédons des fragments authentiques assez considérables. Voyez § 4, nº 6.

[27] Nous nous réservons de traiter ultérieurement cette question quand nous

Une conséquence naturelle de cette manière de voir était d'imposer aux détenteurs une redevance pour l'usage que la république leur accordait. C'est là probablement l'origine de l'impôt foncier dont les provinces était grevées, et dont l'Italie est restée exempte jusqu'au troisième siècle de l'ère chrétienne [28]. Avoir un territoire jouissant du privilége de la propriété romaine, et exempt de l'impôt foncier, constituait donc le droit particulier de l'Italie (*jus italicum*). Ce droit fut par la suite également accordé à d'autres villes situées hors d'Italie (*civitates*, *coloniæ juris italici*) [29].

nous occuperons du droit de propriété. Ici il suffit de citer Gaius, II, 7. «...Quia in (provinciali solo) dominium populi Romani est vel Cæsaris; nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur. »

[28] Nous verrons ci-après que l'impôt foncier n'est originairement qu'une rente payée par les possesseurs des fonds au propriétaire, c'est-à-dire à la république. Nous nous bornons ici à transcrire quelques passages qui le prouvent implicitement. Siculus Flaccus, *de condit. agror.* : ed. Goes., p. 2 in f., « Nam sunt populi Romani quorum vectigal ad ærarium pertinet. » — Aggenus Urb. *in Frontin*, ed. Goes., p. 46 in f. « Ager per strigas et per scamna divisus et assignatus est more antiquo in hac similitudine, qua in provinciis arva publica coluntur.., Nam ideo publica hoc loco cum dixisse æstimo, quod omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvant. » — Le même (Simplicius), p. 76 : « Habent autem provinciæ... possidere enim illis quasi fructus tollendi causa et præstandi tributa conditio concessa est. » D'après cela, il est tout naturel que le mot *ager vectigalis* serve indistinctement pour désigner les immeubles donnés à bail moyennant une rente, et les immeubles des provinces soumis à l'impôt foncier, c'est-à-dire à une rente en faveur de l'État. Voyez ci-après liv. II, titre III. De là vient aussi que les terrains assignés aux colons ne payent point d'impôt : « Si ad provincias respiciamus, habent agros colonicos quidem immunes; habent et colonicos stipendiarios, qui sunt in commune; habent enim et coloniæ stipendiarios. » Aggenus (Simplic.), ed. Goes., p. 76, d'après les émendations de Walter, p. 233, note 120. — Mais ce qui prouve à toute évidence que le vectigal n'est autre chose qu'une redevance payée au propriétaire par le non-propriétaire jouissant, c'est que même dans les provinces les propriétaires, auxquels on avait expressément et nominativement rendu leurs terres, ne payaient point de vectigal. Hygenus, *de condit. agrorum*, ed. Goes., p. 205, après avoir dit que par suite de la conquête les fonds sont ordinairement vectigalibus subjecti, continue : « In quo tamen genere agrorum sunt aliquibus *nominatim* redditæ possessiones... Hi agri qui redditi sunt, *non* obligantur vectigalibus, quoniam scilicet *prioribus dominis redditi sunt.* »

[29] Autrefois on croyait généralement que le jus italicum avait été un droit *personnel*, formant un degré intermédiaire entre la latinité et la qualité de peregrinus (v. le § suiv.). Mais Mr de Savigny a prouvé d'une manière irrésistible (*Zeitschr. f. gesch. R. W.* T. V.) qu'il n'en est rien, et que le jus italicum est uniquement un droit accordé *à un territoire*, lequel se manifeste de deux manières : 1° parce que le territoire a le privilége de la propriété ro-

Dans les pays qui furent conquis après l'Italie, on n'usa point de ces ménagements. Ils étaient entièrement soumis à l'arbitraire du peuple, du sénat et des magistrats, auxquels on en confiait l'administration (V. § 37). On les considérait comme destinés à remplir les caisses de l'État et des fonctionnaires : de là aussi le nom de *provinciæ* [30]. Et ce furent principalement les déprédations qu'on y commettait qui favorisèrent l'accumulation des richesses dans les mains des gouvernants, « tandis que la misère du peuple augmenta de plus en plus par suite du service militaire, des famines et de l'usure [31]. Le sénat et la noblesse formaient une faction dont le consulat ne sortait point [32], et dont le pouvoir était soutenu par l'influence qu'ils exerçaient sur les alliés d'Italie [33], et sur les chevaliers qui avaient tout à craindre et tout à espérer du sénat [34]. Les lois que les deux Gracques proposèrent pour remédier à ces abus ne servirent qu'à les perdre. Ce ne fut que lors de la guerre contre Jugurtha que l'orgueil de la noblesse fut brisé par le tribun C. Mamilius Limetanus, qui demanda une enquête sévère contre les chefs qui s'étaient laissé corrompre [35], et par l'avénement au consulat du parvenu C. Marius [36]. Forts de l'appui de ce dernier,

maine, 2° parce qu'il est exempt d'impôt : « per Italiam ubi nullus agrorum tributarius. » AGGENUS (SIMPLIC.), ed. Goes., p. 76. Dans la note précédente nous avons cherché à montrer le rapport qui existe entre ces deux points et à prouver que le second n'est qu'une conséquence directe et inévitable du premier. Quoi qu'il en soit, le jus italicum se rapporte si peu à la *qualité personnelle* des habitants, que nous trouvons des villes dont les habitants sont citoyens et qui cependant n'ont pas le jus italicum, tandis que d'autres villes dont les habitants sont peregrini en jouissent. Fr. 8, § 8. 11, D., *de censibus* (50, 15), où il est dit que des villes provinciales de la Macédoine sont juris italici, et que la ville d'Utique, qui était cependant municipe, n'a pas joui de cette faveur avant Sévère et Caracalla. Aussi lit-on dans quelques inscriptions : « cives romani juris italici. » GRUTERUS, p. 541, n. 8.—ORELLI, n. 3041. — Au reste, si Mr DE SAVIGNY, aux deux priviléges que nous avons indiqués comme étant contenus dans le jus italicum, ajoute encore un troisième, savoir la libre organisation municipale, il va trop loin; et quoiqu'il soit probable que toutes les villes d'Italie en ont joui, rien ne prouve cependant que ç'ait été un caractère distinctif des villes juris italici, et il est certain que bien d'autres villes avaient le même avantage. WALTER, *Gesch. d. R. R.*, page 319, n. 31; p. 326, n. 69, p. 328, n. 79.

[30] De *proventus*, revenu. V. ci-après § 37 note 11.

[31] SALLUSTE, *Jugurtha*, 31. 41.

[32] IDEM, 63.

[33] IDEM, 40. 42.

[34] IDEM, 42.

[35] IDEM, 5. 40. 65. — CIC., *Brutus*, 33. 34.

[36] SALLUSTE, *Jugurtha*, 73. 85.

plusieurs tribuns, particulièrement L. Apuleius Saturninus (652), essayèrent de rabaisser le sénat et par la force et par la loi. Après la mort de ce dernier, la noblesse eut de nouveau le dessus, et le tribun M. Livius Drusus (661) paya de sa vie l'essai qu'il fit du rôle de conciliateur. Mais P. Sulpicius Rufus renouvela les agitations tribunitiennes (664), jusqu'à ce que le consul Sylla, à la tête de son armée, marcha contre Rome, renversa les lois existantes et rétablit l'autorité du sénat par des institutions nouvelles. Ce fut la première fois qu'un chef militaire, s'appuyant sur le dévouement de ses légions, essaya de les employer dans son intérêt personnel. Ces événements introduisirent dans l'État un pouvoir nouveau, source des guerres civiles et cause de la chute de la république. Sylla continua d'agir dans le même sens après qu'il se fut fait nommer dictateur pour un temps indéterminé (671) [37]. Après sa mort, Pompée rendit au peuple ses droits. Les tribuns C. Cornelius (685), P. Clodius (694) et d'autres excitèrent de nouvelles agitations et provoquèrent de nouveaux changements [38]. Pendant ces troubles, plusieurs hommes influents, à l'aide de leurs liaisons et de leurs richesses, au moyen de la faveur populaire et de l'appui des soldats, s'étaient élevés à une haute puissance [39]. Les dissensions qui ne tardèrent pas à éclater parmi eux finirent par le triomphe de Jules César, lequel, après avoir été revêtu de presque toutes les magistratures pour un temps plus ou moins long, fut enfin nommé dictateur à perpétuité (709) [40]. Après sa mort, la dictature fut abolie; mais il se forma sous le nom de « triumvirat pour la constitution de la république » une autorité nouvelle d'où sortit enfin (721) [41], la monarchie d'Octave Auguste. »

État des personnes.

§ 33.

Dans le principe les Romains ne distinguaient que citoyens et étrangers (*cives* et *peregrini*), ces derniers sans aucun droit civil.

[37] Appien, *de bello civ.* I, 98-100.

[38] Salluste, *Catilina*, 38.

[39] Salluste, *Catilina*, 39. —Cic. *pro Sext.*, 65. 66. —Dion Cass., XXXVII, 56. 57.

[40] Appien, *de bello civ.*, II, 48. 106. — Plutarque, *César*, 51. — Suétone, *César*, 76. — Dion Cassius, XLI. 36. XLII, 20. XLIII, 14. 45. XLIV, 5. 8.

[41] Appien, *de bello civ.*, III, 25. IV, 2. 7.—Plutarque, *Antoine*, 8. — Dion

Par la suite, il se forma une classe intermédiaire de personnes auxquelles on avait accordé certains droits civils et qu'on désignait par le nom de *Latins*.

Le droit de cité (*civitas*) [42], dans toute son étendue, embrassait des droits politiques et des droits civils. Sous le premier rapport il comprenait particulièrement le droit de voter dans les comices et la capacité de remplir une magistrature (*jus suffragii et honorum*) [43]. Ce ne sont cependant pas les droits politiques qui constituent l'essence du droit de cité : les habitants des municipes étaient citoyens sans avoir le droit de voter, et à Rome même, les ærarii et ceux qui étaient portés sur les tables des Cærites n'en jouissaient pas [44]. Ce qui distingue essentiellement le citoyen romain, ce sont les droits civils, savoir le *connubium* et le *commercium* [45]. Ces deux points embrassent toutes les opérations de la vie civile. En vertu du connubium le citoyen peut contracter un mariage valable d'après le jus civile (*justæ nuptiæ*) et acquérir les droits qui en résultent, particulièrement la puissance paternelle et le droit de parenté civile (*agnatio*) nécessaire pour pouvoir succéder dans les biens d'une personne qui meurt sans laisser de testament [46]. En vertu du com-

Cassius, XLVI, 55. 56. XLVII, 2. XLVIII, 54. — La dernière partie du § à partir de la note 31 est textuellement traduite d'après Walter, *Gesch. des R. R.*, pages 237. 238.

[42] Le droit de cité est également appelé *jus Quiritium*. Plusieurs auteurs cependant ont voulu trouver une différence entre ces deux termes en se fondant sur quelques passages de Pline le jeune, particulièrement *Epist.* X, 4. 6. 22. 23. 105. 108. Les uns ont cru que le jus Quiritium avait contenu plus de droits que la civitas; d'autres ont été d'un avis diamétralement opposé. Grævius, *Thes.*, I, p. 16 et seq. — Heineccius, *Antiq.* I, App., c. 1, § 23. D'après une hypothèse récente les Romains se seraient servis du mot jus Quiritium pour désigner la différence de droits qu'il y a entre le jus Latii et la civitas (Ulpien, tit. III) ; mais cette opinion est inadmissible en présence de deux passages de Pline l'ancien (*H. N.* V, 5. XXIX, 6), dans lesquels ce terme est employé à propos d'un peregrinus qui obtient le droit de cité.

[43] Ce sont là les principales manifestations du droit de cité sous le rapport politique. Il serait fastidieux et peu utile d'énumérer les autres priviléges dont jouissaient les citoyens, par exemple de n'être pas soumis à certains genres de peines. Voyez *Actes des apôtres*, ch. 16, v. 37.

[44] Voyez ci-dessus § 30, note 16.

[45] Voyez en général de Savigny, *System des Röm. Rechts*, t. II, p. 38 et suiv.

[46] Senèque, *Benef.*, IV, 35. « Peregrinus apparuisti, non est mihi cum extraneo connubium... » — Ulpien, V, 4. « Connubium habent cives romani cum civibus romanis : cum Latinis autem et peregrinis ita, si concessum sit » (ci-après note 53). — Gaius, I, 56. « Habent autem in potestate liberos cives ro-

mercium, il peut acquérir la propriété romaine (*dominium*) et faire tous les actes qui s'y rapportent, particulièrement la transférer à un autre, disposer de ses biens entre-vifs et à cause de mort, et recueillir ce qui lui a été laissé par testament [47]. En outre il peut invoquer dans toute son étendue la protection que les lois des Quirites accordent aux droits acquis, spécialement celle des tribunaux de Rome [48].

Les étrangers (*peregrini*) n'avaient ni droits politiques ni droits civils [49]. Ils ne pouvaient point acquérir de droits d'après le jus civile ni invoquer la protection qu'il assurait aux citoyens. On ne leur refusait pas, à la vérité, celle qui parait être due à tous les hommes, abstraction faite de la législation particulière d'un État, et qu'on croyait être fondée sur l'équité naturelle (*jus gentium*) [50]. Leurs mariages étaient considérés comme valables; mais ils ne produisaient pas les effets du mariage romain. Leur propriété était

mani, si cives romanas uxores duxerint, vel etiam latinas peregrinasve cum quibus connubium habeant; cum enim connubium id efficiat, ut liberi patris conditionem sequantur, evenit ut non (solum) cives romani fiant, sed in potestate patris sint. » — Id. I, 55. « In potestate nostra sunt liberi nostri, quos justis nuptiis procreavimus; quod jus proprium civium romanorum est... » — Ulpien, XXVI, 1. « Intestatorum ingenuorum hæreditates pertinent primum ad suos hæredes, id est, liberos qui in potestate sunt...; si sui hæredes non sunt... ad reliquos adgnatos proximos, id est, cognatos.... per mares descendentes, ejusdem familiæ, etc., etc. »

[47] Ulpien, XIX, 4. « Mancipatio locum habet inter cives romanos et latinos coloniarios, Latinosque Iunianos, eosque peregrinos quibus commercium datum est. » 5. « Commercium est emendi vendendique invicem jus. » — Cic. *ep. ad fam.*, VII, 2. « Negare... tabulas testamenti esse eas, quas instituisset is, qui factionem testamenti non haberet. » — Ulpien, XX, 14. « ... Nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus. » — Fr. 7, § 3, D., *de interdictis et relegatis* (48, 22). « ... Et civitatem romanam retinet et testamenti factionem non amittit. » — Gaius, II, 218. « ... Cum ei legatum sit, cui nullo modo legari possit, velut peregrino, cum quo testamenti factio non sit... » — Ulpien, XXII, 1. 2.

[48] Voyez ci-après livre I, tit. 1. 5.

[49] Ce nom comprend aussi bien les sujets romains dans les provinces que les étrangers qui n'ont aucune relation avec la république.

[50] Gaius, III, 93. « ... Ceteræ (verborum obligationes) vero juris gentium sunt; itaque inter omnes homines, cives romanos sive peregrinos, valent. » — 132. « Unde proprie dicitur, arcariis nominibus etiam peregrinos obligari, quia non ipso nomine, sed numeratione pecuniæ obligantur : quod genus obligationis juris gentium est. » — Fr. 17, § 1, D., *de pœnis* (48, 19). « Item quidem ἀπόλιδες sunt, hoc est sine civitate :... ut ea quidem, quæ juris civilis sunt, non habeant; quæ vero juris gentium sunt, habeant. »

reconnue; mais elle ne jouissait pas d'une protection aussi efficace que celle qui était fondée sur le droit des Quirites. Ils étaient capables de contracter des obligations, ils succédaient tant ab intestat que par testament; mais les droits qui résultaient de ces actes n'étaient pas garantis comme ceux qui dérivaient du droit romain[51]. Dans le principe, l'étranger ne pouvait même obtenir aucune protection à Rome s'il ne s'était mis sous le patronage d'un citoyen. Mais à mesure que les relations avec les nations étrangères s'étendirent, et que les idées romaines perdirent de leur rigueur, les bornes du jus gentium furent reculées, et vers la fin du cinquième siècle nous trouvons une autorité judiciaire spécialement chargée de rendre la justice aux étrangers (§ 27, note 65). Toutefois cette protection était loin d'être aussi étendue que celle accordée aux citoyens[52], auxquels était toujours exclusivement réservée la jouissance du connubium et du commercium. Ce n'est qu'exceptionnellement qu'on donna quelquefois à des individus l'un de ces droits ou même tous les deux[53].

Dans les derniers temps de la république, nous trouvons cepen-

[51] Les détails avec les preuves seront donnés quand nous nous occuperons du développement historique des différentes institutions du droit privé. Ici il suffit de quelques indications générales : A) *Mariage*. Le mariage juris gentium, quoique n'étant pas justæ nuptiæ, était cependant un mariage valable. La violation de la fidélité conjugale était considérée comme adultère (Fr. 13, § 1. 4, D., *de adult.*, 48, 5); les enfants issus d'un pareil mariage n'étaient point naturels, et la règle « pater est quem nuptiæ demonstrant » s'y applique également (v. Fr. 1, § 2, D., *ad municip.*, 50. 1, et surtout les passages des auteurs qui parlent de l'acquisition de la civitas et de la puissance paternelle par erroris causa probatio. Gaius, I, 68.—Ulpien, VII, 4, et ci-après liv. I, tit. II.)— B) *Propriété*. Voy. § 32, note 28; § 37, note 13, et ci-après liv. II, tit. 1. 2. — C) *Obligations*. Voy. la note précédente, et ci-après liv. III, tit. 1.—D) *Succession héréditaire*. Ulpien, XX, 14. « ... Testamentum facere non potest... is, qui dedititiorum numero est, quoniam nec quasi civis romanus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certæ civitatis civis est, *ut adversus leges suæ civitatis suæ testetur*.—Cf. en général Gaius, I, 92. III, 96. 120-134.

[52] Quand le préteur voulait accorder à l'action de l'étranger l'efficacité d'une action romaine, il procédait par fiction en considérant l'étranger comme civis. Gaius, IV, 37. « Item civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem etiam ad peregrinum extendi; velut si furti agat peregrinus, etc. »

[53] Voyez les passages d'Ulpien et de Gaius cités dans les notes 46. 47. Sous les empereurs, il était surtout d'usage d'accorder aux vétérans des provinces le connubium avec une provinciale. Gaius, I, 57.

dant une classe entière de personnes qui jouissent du commercium et de toutes ses conséquences, et qu'on appelle *Latins*. Nous avons vu (§ 31) que dans le principe les Latins avaient le droit d'isopolitie avec Rome. Ils le perdirent par suite de la grande guerre latine (417): mais après la guerre sociale la république se vit forcée d'accorder le droit de cité à tous les habitants de l'Italie. Les Latins étaient donc tous citoyens; cependant au septième siècle le terme *jus Latii* est employé pour désigner une création artificielle, n'ayant aucune signification ethnographique, mais conférant à ceux qui en jouissaient le commercium et de grandes facilités pour acquérir le droit de cité. Particulièrement ils devenaient citoyens romains de plein droit, par cela seul qu'ils avaient rempli des fonctions publiques dans leur ville natale [54]. D'après une hypothèse de Niebuhr, ce droit aurait été créé en faveur de la Gaule Transpadane à laquelle on donna une nouvelle organisation en 663 [55]. Par la suite, ce pays eut également le droit de cité; mais le jus Latii fut souvent accordé à des colonies, qui obtenaient par là le privilége d'être exemptes du régiment du gouverneur de la province (*Latini colonarii*) [56].

En général c'était par la naissance qu'on acquérait la qualité de citoyen, de Latin ou d'étranger. Le peuple ou le sénat pouvaient également conférer le jus Latii ou le droit de cité [57]. C'était même un moyen assez usité de se faire un parti dans une ville que d'accorder la qualité de citoyen romain à des hommes influents. Des peuples prudents avaient soin de prendre des précautions contre cette faveur dangereuse, et de stipuler expressément dans les traités d'alliance qu'il ne serait pas permis de l'accorder [58]. D'après un principe qui fut invariablement suivi du temps de la république, les esclaves valablement affranchis devenaient de plein droit

[54] Ce privilége avait également appartenu aux anciens Latins, § 31, note 21.

[55] Voyez NIEBUHR, t. II, p. 88-93. — DE SAVIGNY, dans Zeitschr. f. Gesch. R. W., t. IX, p. 312-321. — Les passages principaux sur lesquels se fonde cette hypothèse sont : ASCON. *in Cic. in Pison.*, init.—GAIUS, I, 79. 96. III, 56. — Voyez aussi CIC. *ad Att.*, XIV, 12, et ci-après § 53.

[56] STRABON, IV, p. 285. — CIC. *ad Att.*, XIV, 12. — Sous Vespasien l'Espagne entière reçut le jus Latii. PLINE, *H. N.*, III, 4.

[57] Nous avons déjà cité plusieurs exemples de pareilles faveurs accordées à des villes entières. On en accordait aussi, mais moins fréquemment, à ce qu'il paraît, à des individus. Voyez la note suiv. et DION CASS., XLVIII, 32. — JOSEPHUS, *Ant. Jud.*, XIV, 10. 11-19.

[58] CIC. *pro Balbo*, c. 14.— VAL. MAX., V, 2. 3.

citoyens romains [59]. Les Latins acquéraient la même qualité, également de plein droit, de différentes manières [60].

ADMINISTRATION DE LA RÉPUBLIQUE.

§ 34. *Des finances et du domaine public.*

Il paraît que dans le principe les finances du populus étaient séparées de celles de la plèbe, ou du moins que les patriciens avaient une caisse particulière (*publicum*) distincte du trésor de l'État (*ærarium*) [61]. Par la suite, il n'est plus question que de ce dernier.

La source principale des revenus publics fut pendant longtemps la contribution personnelle répartie d'après le cens (*tributum*). Les personnes qui n'étaient point inscrites dans une tribu étaient soumises à une imposition arbitraire (*ærarii*), ainsi que les célibataires, les veuves et les orphelins [62]. Après la conquête de la Macédoine, l'impôt personnel fut aboli. Cet état de choses dura jusqu'en 711 [63].

La république recevait en outre le produit des douanes, des mines, des salines, etc., qui était ordinairement donné à ferme à des particuliers (*publicani*) [64].

[59] Voyez ci-après § 53.

[60] Particulièrement par des fonctions publiques exercées dans leur ville. ULPIEN énumère encore différentes autres manières; mais il n'est guère probable que ces dispositions s'appliquent déjà à notre époque. Voyez tit. III, 1. « Latini jus Quiritium consequuntur his modis : beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea ex senatusconsulto, vulgo quæsitum ter enixa, etc. »

[61] NIEBUHR, t. II, note 386.

[62] Le produit de cette imposition, qui frappait les personnes incapables du service militaire, était particulièrement destiné à la paye des soldats (*æs militare*) et à l'entretien des chevaux de l'armée (*æs hordiarium*). Voyez NIEBUHR, t. I, p. 489 et suiv., et DENYS D'HAL., IX, 25.—TITE-LIVE, III, 3.—VARRON, *de l. l.*, IV, 36 (p. 30, ed. Gothofr.).— GAIUS, IV, 27. — FESTUS, v. *Hordiarium vectigal*.—Il est à remarquer que le mot « vidua » ne comprend pas seulement les veuves, mais toute femme non mariée. Fr. 242, § 3, D., *de verbor. signif.*, 50. 16. — Au reste l'imposition en dehors du cens était abandonnée à l'arbitraire des magistrats; et nous lisons entre autres que les censeurs, après avoir dégradé le dictateur Mamercus Æmilius, en le mettant au nombre des ærarii, lui imposèrent une contribution huit fois plus élevée que celle qu'il avait payée auparavant (octuplatum censum). TITE-LIVE, IV, 24.

[63] CIC. *de off.*, II, 22.

[64] TITE-LIVE, XXXII, 7. XL, 51.

Le trésor s'enrichissait encore des conquêtes, du butin fait à la guerre et des tributs imposés aux peuples vaincus (§§ 30. 32. 37).

Enfin une source importante de revenus était la rente que les possesseurs du domaine public (*ager publicus*) payaient en proportion de l'usage qu'ils en faisaient [65]. La jouissance du domaine public, qui de tout temps avait été un sujet de discorde entre les plébéiens et les patres, ne cessa pas de susciter les plus grands troubles, même après l'admission des plébéiens aux magistratures. Les optimates, qui, comme membres du sénat, présidaient à la distribution des terres, ne changèrent rien à l'ancien mode d'occupation, et la masse du peuple resta toujours exclue du partage (§ 11. 19. 21). Encore les possesseurs avaient-ils souvent réussi à se libérer de la contribution qu'ils devaient, et à changer ainsi de fait en propriété privée ce qui appartenait à la chose publique. Plusieurs lois furent portées, qui avaient pour but de modifier cet état de choses et de déterminer d'une manière équitable la jouissance des propriétés nationales; mais toujours la persévérance des dominants finit par vaincre la force inerte des opprimés. La plus célèbre parmi ces lois agraires, et en même temps celle qui servit de modèle à la plupart des autres, fut celle proposée par les tribuns C. Licinius et L. Sextius (378), les mêmes qui conquirent à la plèbe le droit d'être admise au consulat. Cette loi avait d'abord pour but de prévenir que les possesseurs ne parvinssent à faire considérer comme leur propriété privée les parties du domaine public qu'ils avaient occupées (*usurpatio*); puis elle attribuait à tout citoyen le droit de prendre part à l'occupation de l'ager publicus, et pour lui garantir l'exercice de ce droit, elle défendit qu'aucun citoyen n'en eût plus de 500 arpents (jugera) et n'y envoyât paître plus de 100 têtes de bétail. Elle fixa aussi la quotité de la redevance à payer pour cette jouissance, savoir, 1/10 du produit des champs et 1/5 des vergers et des vignes, et une somme déterminée pour chaque tête de bétail envoyée dans les pâturages publics. Une autre disposition, ayant pour objet de restreindre les occupations immodérées, était celle qui prescrivait au possesseur de n'employer qu'un certain nombre d'esclaves et de faire cultiver l'excédant des terres par des hommes libres [66].

[65] Voyez § 11, note 23. Cette rente était appelée *decima* pour les champs cultivés et *scriptura* pour les pâturages publics. Varron, *de re rust.*, II, 1. — Festus, v. *Scripturarius ager*.

[66] Voyez en général le chapitre de Niebuhr, intitulé « les rogations de Lici-

La loi de Licinius tomba bientôt en désuétude. Les Gracques la renouvelèrent (621 et 631) et payèrent de leur vie les généreux efforts qu'ils firent pour relever leurs concitoyens opprimés[67]. Parmi les lois agraires qui furent portées après cette époque, nous remarquons celle de Livius Drusus (631 ou 663), celle de Rullus, contre laquelle Cicéron prononça un discours (691), enfin une loi Julia de César (695)[68]. Nous ne connaissons qu'une seule loi agraire qui favorisât les possesseurs aux dépens du trésor; ce fut la loi Thoria (647), qui diminua la rente, et dont nous possédons des fragments authentiques assez considérables [69].

Outre le but permanent que Licinius et les Gracques s'étaient proposé, celui de procurer au peuple le droit de participer à l'occupation du domaine public, ils cherchèrent aussi à alléger momentanément la misère des plus pauvres. A cet effet, ils établirent des colonies et obtinrent souvent des distributions de terres appartenant au domaine public. De pareilles assignations se faisaient ou par vente publique (*ager quæstorius*), ou à titre gratuit, soit à des particuliers, soit à des colonies [70].

Le lot ordinaire de chaque colon était de sept arpents, mesurés par des arpenteurs publics (*agrimensores*). C'est ainsi qu'un grand

nius, » t. III, p. 1-36. Les principaux passages des anciens sur les lois de Licinius se trouvent chez TITE-LIVE, VI, 35. X, 13. — APPIEN, *de bello civ.*, I. 8. — VARRON, *de re rust.*, I, 2.

[67] APPIEN, *de b. c.*, I, 9. 10. 27. — PLUTARQUE, *T. Gracchus*, c. 7. 8.

[68] Lex Livia. Voy. PLUTARQUE, *T. Gracchus*, c. 9.—CIC. *Brutus*, c. 28. —Lex Rulli. Voy. CIC. *orat. in Rullum*, I et II. — Lex Julia Cæsaris. Voy. SUÉTONE, CÉSAR, c. 20; DION CASS., XXXVIII, 1. 7.

[69] Voyez ci-dessus, § 4, n° 1.—CIC. *de orat.*, II, 70. *Brutus*, c. 36. « Sp. Thorius... is, qui agrum publicum vitiosa et inutili lege vectigali levavit.» — APPIEN, *de bello civ.*, I, 27. — Nous profitons de cette occasion pour faire observer que le sens que l'on attribue communément au mot « loi agraire » n'est point conforme aux idées des anciens. Lex agraria est tout simplement une loi qui se rapporte aux immeubles destinés à la culture (agri); il est tout naturel que la plupart de ces lois aient eu rapport au domaine public; mais l'exemple de la loi Thoria est là pour prouver qu'elles n'étaient pas même toutes en faveur des prolétaires. Voy. au reste Fr. 3, pr. § 1, D., *de termino moto* (47. 21).

[70] SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.*, ed. Goes., p. 2. « Ut vero Romani (omnium) gentium potiti sunt, agros *alios* ex hoste captos, in victorem populum partiti sunt, alios vero (agros) vendiderunt, ut Sabinorum ager qui dicitur quæstorius. » P. 14. « Quæstorii dicuntur agri quos ex hoste captos populus Romanus per quæstores vendidit. — HYGINUS, *de condit. agr.*, ed. Goes., p. 205. —Quant aux agri *divisi* et *assignati*, v. SIC. FLACC., *eod.*, ed. Goes.. p. 16 et suiv.

nombre de propriétés particulières étaient *ager ex publico factus privatus*.

Vers la fin de la république, les usurpations des particuliers, les fréquentes distributions faites par le sénat et plus encore par les généraux après les guerres civiles, avaient fini par changer en propriété privée la plus grande partie du domaine public [71]. Vespasien et Titus réclamèrent de vastes étendues de terre usurpées par des municipes et par des colonies; mais Domitien les rendit aux anciens possesseurs [72]. Sous les empereurs suivants, nous ne trouvons plus guère d'agri publici que sur les frontières de l'empire, et une ordonnance d'Honorius abolit les derniers restes de l'institution en attribuant aux possesseurs la propriété pleine et entière des parcelles qu'ils détenaient [73].

§ 35. *Administration de la justice à Rome.*

La justice criminelle était exercée par la nation. Déjà sous les rois, les curies jugeaient les crimes publics sur l'accusation d'un magistrat. Il paraît que, pendant assez longtemps encore, même dans les comices par centuries, les quæstores parricidii remplirent les fonctions d'accusateurs publics [74]. Plus tard on les transmit au préteur de la ville, lequel poursuivait sur la demande du citoyen qui se portait accusateur [75]. Dans quelques cas aussi, on nommait des juges particuliers (*quæstores* i. e. *quæsitores*), parmi lesquels les quæstores parricidii et perduellionis avaient une importance par-

[71] HYGINUS, *de condit. agror.*, ed. Goes., p. 205, après avoir parlé des agri quæstorii, continue: « Vetustas tamen longi temporis plerumque pene similem reddidit occupatorum agrorum conditionem. » Voyez aussi TACITE, *Ann.*, XIV, 18.

[72] HYGINUS, *de limit. constit.*, ed. Goes., p. 210. « Lapides quoque inscripti nomine Divi Vespasiani sub clausula tali, OCCUPATOS A PRIVATIS FINES POPULO ROMANO RESTITUIT. » Ces usurpations avaient surtout lieu à l'égard des *subcesiva*, c'est-à-dire des pièces de terre qui, n'étant pas comprises dans l'arpentage des agri assignati ou divisi, restaient ager publicus. Domitien consacra ces usurpations et en attribua expressément la propriété aux détenteurs. SUÉTONE, *Domitien*, c. 9.—AGGENUS, *in Frontin. de limitib. agror.*, ed. Goes., p. 59. « Nam Domitianus per totam Italiam subcesiva possidentibus donavit : edictoque hoc universis notum fecit. » Voyez encore LE MÊME, *ibid.*, p. 48-50. 68. 69. (SIMPLIC.), p. 87. — SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.*, p. 25 in f.

[73] L. un., Th. C., *de rei vind.*, II, 23. Voy. encore § 57.

[74] VARRON, *de l. l.*, V, 9.

[75] TITE-LIVE, XXVI, 3. XLIII, 16. — AULU-GELLE, VII, 9. — DION CASS., XXXVII, 27.

ticulière [76]. Les plébéiens étaient probablement dans le principe soumis à l'arbitraire des rois, et plus tard à celui des consuls; il parait même qu'ils n'obtinrent le droit d'appeler au peuple de leurs sentences qu'en 300, en vertu d'une loi portée par les consuls Sp. Tarpeius et A. Aternius [77]. Mais par la suite, les comices par centuries (*comitiatus maximus*) devinrent le tribunal criminel de tout citoyen (§ 22, note 27).

Au reste, le nombre des *crimes publics* était peu considérable. On ne poursuivait comme tels que la trahison, l'assassinat, particulièrement le parricide, le crime d'incendie, de parjure, l'infidélité du patron envers le client, quelques injures, les sortiléges [78]. Vers la fin de la république, on ajouta les crimes de concussion, de brigue, de lèse-majesté (*repetundarum, ambitus, majestatis*) [79].

Quant aux autres délits, qui d'après nos idées appellent la vindicte publique, on en abandonnait la punition au particulier lésé, et on lui accordait le droit de poursuivre l'auteur du délit afin d'obtenir une peine pécuniaire qui s'élevait ordinairement au double, au triple, ou au quadruple du dommage causé (*delicta privata*) [80].

La procédure dans la poursuite des crimes publics resta presque toujours la même devant l'assemblée du peuple [81]. Mais au commencement du septième siècle, on institua des tribunaux permanents (*quæstiones perpetuæ*) présidés par un préteur spécial à

[76] Les attributions de ces quæstores ne sont pas bien déterminées. D'après Walter, page 855, les quæstores parricidii ne seraient que de simples juges d'instruction, tandis que les quæstores perduellionis auraient exercé une véritable juridiction criminelle; mais cette distinction ne me paraît pas suffisamment justifiée. Niebuhr, II, page 189, leur accorde cette juridiction criminelle dans tous les cas sauf l'appel au peuple; mais cela ne résulte point nécessairement des passages qu'il cite à l'appui de son opinion. Voyez au reste § 28.

[77] Denys d'Hal., X, 50. — Joannes Lydus, *de mag.*, I, 44. — La loi Valeria (Publicolæ) de provocatione ne s'appliquait qu'aux patriciens.

[78] Denys d'Hal., II, 9. — Tite-Live, I, 26. — Varron, *de l. l.*, VII, 49. — Festus, v. *Parricidii*.—Fr. 9, D., *de incend., ruina, naufr.* (47, 9).—Servius, *ad Virg. Æn.*, VI, 609. — Augustin, *de civ. Dei*, II, 9.

[79] Voyez *loi Servilia* et *Acilia repetundarum*, § 4, n. 2 et 3.—Cic. *de off.*, III, 21; *de finib.*, II, 16; *in Vatin.*, c. 12; *ad Att.*, I, 13. — Pline, *H. N.*, XXXV, 12. — Tit. D., *ad leg. Jul. majestatis*. 48, 4.

[80] Voyez ci-après livre III.

[81] Nous lisons que vers le milieu du cinquième siècle une loi Papiria institua des tresviri capitales; mais nous n'en connaissons point les fonctions. Niebuhr, t. III, p. 480.

l'effet de juger certains crimes déterminés. Le nombre de ces tribunaux spéciaux fut surtout augmenté depuis Sylla (leges Corneliæ (Syllæ) *de sicariis et veneficis, repetundarum, majestatis, de falsis ;* leges Pompeiæ *de ambitu, de parricidiis;* leges Juliæ (Cæsaris) *repetundarum, de vi, de majestate;* leges Juliæ (Augusti) *judiciorum publicorum, de ambitu, majestatis, de peculatu,* etc.)[82].

Sous les rois la peine ordinaire était la peine de mort. Mais comme on accordait au prévenu de rester libre moyennant caution (*vades publicus*), il avait la faculté de se soustraire à la condamnation par un exil volontaire[83]. Dans ce cas, la république lui interdisait l'eau et le feu pour prévenir son retour[84]. De cette manière, le bannissement hors l'Italie (*aquæ et igni interdictio*), devint la peine ordinaire, et celle de mort ne fut plus prononcée que contre les parricides et contre ceux qui étaient déclarés ennemis de la patrie[85]. Outre les peines capitales, c. à d. qui entrainent la perte de la vie, de la liberté ou du droit de cité[86], on infligeait fréquemment des amendes (*mulctæ*), qui différaient des autres en ce qu'elles n'étaient pas infamantes. En général le montant de ces amendes n'était pas déterminé d'avance par la loi; il dépendait de l'arbitraire du peuple qui prononçait la condamnation[87].

L'administration de la justice civile, qui des rois avait passé aux consuls, fut définitivement confiée au préteur après l'admission des plébéiens au consulat (§§ 19. 27, n. 2). Le préteur

[82] La première quæstio perpetua fut établie par une loi du tribun L. Calpurnius Piso (603). Cic. *de off.*, II, 21; *Brutus*, 27. —Quant aux autres, voyez Paul, *S. R.*, V, 23. 28.—Titt. D., XLVIII, 4. 5. 8. 9. 11. 14. —Tit. C., IX, 16.— Cic. *pro Rab.*, c. 4 ; *in Pisonem*, c. 21; *pro Cluentio*, c. 55; *in Verr.*, I, 5. 9. 33. —Ascon., *arg. in Mil.* — Suétone, *Jul. César*, c. 42 ; *Octav.*, c. 34; *Tibère*, c. 58. — Dion Cassius, LIV, 16.

[83] Tite-Live, I, 41. II, 35. III, 13. 58. V, 32. —Cic. *pro Cæcina*, c. 33. 34. « Exsilium enim non supplicium est, sed profugium portusque supplicii. Nam qui volunt pœnam aliquam subterfugere, aut calamitatem, eo solum vertunt. »

[84] Tite-Live, XXV, 4. — *Declam. pro domo*, c. 30. — Appien, *de bello civ.*, I, 31.

[85] Cic. *pro Roscio Am.*, c. 25. — Hugo, *R. G.*, p. 702 (XIe éd.).

[86] Fr. 2, pr., D., *de pœnis* (48, 19). « Rei capitalis damnatum sic accipere debemus ex qua causa damnato vel mors, vel etiam civitatis amissio, vel servitus contingit. »—Fr. 103, D., *de verb. signif.* (50, 16).—Nous aurons plus tard l'occasion de parler des délits qui entraînent la perte de la liberté et du droit de cité.

[87] § 2. I., *de publ. jud.* (4, 18). — Aulu-Gelle, VII, 3. — Dans certains cas le montant de la peine était déterminé d'avance. *Fragm. legis Aciliæ repet.*, lin. 7.

examinait si les circonstances pour lesquelles on réclamait son intervention méritaient réellement la protection de la justice. En cas d'affirmative, il désignait un citoyen pour remplir les fonctions de juge (*judex*), c'est-à-dire pour examiner si les faits allégués par les parties étaient vrais, et pour condamner ou acquitter le défendeur selon le résultat de cet examen (voy. § 128 et suiv.).

Les juges ne pouvaient d'abord être pris que parmi les sénateurs [88]. Les Gracques leur enlevèrent ce privilége dont ils s'étaient montrés indignes par leur partialité, et le transférèrent aux chevaliers [89]. Après plusieurs autres changements législatifs, la loi *Aurelia* ordonna (682) de former trois classes ou décuries de juges à prendre parmi les sénateurs, les chevaliers et les tribuns du trésor [90]. Cette loi fut encore modifiée; mais Auguste la rétablit, tout en portant le nombre des décuries à quatre. *Lex Julia judiciaria* [91].

Ordinairement les fonctions de juge étaient remplies par *un seul* citoyen, *unus judex;* parfois on en prenait plusieurs qu'on désignait par le nom de *recuperatores;* enfin nous trouvons aussi un tribunal spécial dont les membres sont appelés *centumviri*.

Les renseignements que nous possédons sur le tribunal des *centumvirs* sont fort incomplets. Il paraît que c'était originairement une institution plébéienne; la plupart des auteurs en attribuent même la création à Servius Tullius [92], bien qu'aucun passage positif ne puisse être cité en faveur de cette opinion. Vers la fin de la république il comptait cent cinq membres, trois de chaque tribu. Auguste en porta le nombre à cent quatre-vingts [93]. Il était divisé

[88] Cette règle était suivie aussi bien dans les procès civils, que dans les procès criminels qui se traitaient devant les *quæstiones perpetuæ*. Polybe, VI, 17. —Cic., *pro Murena*, 23; *divin. in Cæc.*, 6. — Aulu-Gelle, *N. A.*, XIV, 2.

[89] Plutarque, *C. Gracchus*, 5. — Appien, *de bello civili* I, 21. — Ascon, *in Cic. divin. in Cæcil.*, 3.

[90] Ascon., *in Cic. Corn.* « L. (Aurelius) Cotta, qui lege sua judicia inter tres ordines communicavit, senatum, equites, tribunos ærarios. » —Vell. Pat. II, 32.

[91] Suétone, *Octav.*, 32. Caligula en ajouta une cinquième. Id., *Calig.*, 16.

[92] Par cette hypothèse on a aussi voulu expliquer le nom de ce tribunal. Trois représentants de chacune des trente tribus de Servius donneraient 90 membres, auxquels il faudrait ajouter les *decemviri* (ci-après note 98), pour obtenir le nombre de 100.

[93] Festus, v. *Centumviralia judicia* a centumviris sunt dicta. Nam cum essent Romæ XXXV tribus (quæ et curiæ dictæ sunt), terni ex singulis tribubus sunt electi ad judicandum, qui centumviri appellati sunt : et licet quinque amplius quam centum fuerint, tamen quo facilius nominarentur, centumviri sunt dicti. — Pline, *Epist.*, VI, 33.

en quatre chambres, *consilia*, qui prenaient aussi le nom de *hastæ* du javelot fixé devant la porte de leurs salles d'audience [94]. Ces *consilia* siégeaient séparément, mais dans les affaires d'une importance majeure le tribunal jugeait souvent toutes chambres réunies [95]. Il parait, que les contestations sur le droit de propriété et sur l'état des personnes étaient spécialement du ressort des centumvirs; ils décidaient aussi de la validité des testaments. Nous pouvons admettre comme certain qu'ils ne jugeaient que des affaires du *jus civile* [96]. Il semble que les parties aient eu la faculté de se faire renvoyer soit devant un seul juge, soit devant les centumvirs [97]. Nous ignorons jusqu'à quelle époque ce tribunal a continué d'exister; sous Justinien il était entièrement oublié. — Les anciens nomment encore comme magistrats judiciaires les *decemviri litibus judicandis*, qui sont déjà cités au commencement du quatrième siècle de Rome [98]. Il est possible qu'ils aient d'abord formé un tribunal spécial; mais plus tard nous les trouvons représentés comme les présidents de chambre du tribunal centumviral [99].

Les *recuperatores* étaient de simples particuliers désignés comme juges pour une affaire déterminée, ordinairement au nombre de trois (§ 132). Il paraît que dans le principe on en nommait surtout dans les contestations internationales [100]. Par la suite nous les trouvons fréquemment; particulièrement on renvoyait

[94] Valère-Max., VII, 7, 1.—Quintil., *Inst. orat.*, XII, 5. 6.—Pline, *Epist.*, II, 14. — Gaius, IV, 16. « Festuca utebantur, quasi hastæ loco signo quodam justi dominii: maxime enim *sua esse* credebant, quæ ex hostibus cepissent; unde in centumviralibus judiciis hasta præponitur. »

[95] Pline, *Epist.*, VI, 33. — Quintil., *Inst. orat.*, XII, 5. 6.

[96] Cic., *de orat.*, I, 38. « ... In caussis centumviralibus, in quibus usucapionum, tutelarum, gentilitatum, agnationum, alluvionum, circumluvionum, nexorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum aut ratorum, ceterarumque rerum innumerabilium jura versentur, cum omnino, quid suum, quid alienum, quare denique civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit. »

[97] Pline, *Epist.*, V, 1. — Gaius, IV, 31. 95.

[98] Tite-Live, III, 55.

[99] Fr. 2, § 29, D., *de orig. jur.* (1, 2). « Deinde quum esset necessarius magistratus qui hastæ præesset decemviri litibus judicandis sunt constituti. » Voyez aussi Cic., *pro Cæcina*, c. 33. — *Declam. pro domo*, c. 29. — Suétone, *Octav.*, c. 36. — Pline, *Epist.*, V, 21. — Dion Cass., LIV, 26.

[100] Festus, v. *Reciperatio* est, ut ait Ælius Gallus, cum inter populum et reges nationesques et civitates peregrinas lex convenit : quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque, resque privatas inter se persequantur.

devant ce tribunal les affaires qui exigeaient célérité [1]. Ils avaient également la juridiction de quelques délits de peu d'importance [2].

§ 36. *Organisation des villes.*

Dans les premiers temps, on laissait ordinairement aux villes conquises la libre administration de leurs affaires intérieures. Ce système fut suivi jusqu'à ce que les conquêtes de la république se fussent étendues au delà de l'Italie; car à l'exception des colonies, toutes les villes des provinces étaient soumises à l'arbitraire du gouverneur, à moins qu'on ne leur eût accordé la qualité de villes libres (*libera civitas*) [3]. Dans ce dernier cas, les priviléges de la ville déclarée libre étaient déterminés dans l'acte par lequel le peuple lui accordait cette faveur. Nous possédons une table d'airain sur laquelle se trouve gravé le plébiscite qui accorda en 682, à la ville de Thermessus en Pisidie, les droits de cité libre (§ 4, nº 4).

Parmi les villes qui jouissent d'une libre organisation intérieure on distingue les municipes, les préfectures et les colonies.

Les habitants des *municipes* avaient le droit de cité et étaient aptes à remplir des magistratures à Rome. C'est même de là que l'on fait dériver le nom *municipe* (*munera capere*) [4]. Mais ils n'avaient pas toujours le droit de suffrage. Quant à leur administration intérieure, ces villes jouissaient de la plus grande liberté ; elles exerçaient à cet égard le pouvoir législatif sans qu'il leur fût cependant permis de changer ou de contrarier les lois générales, votées par les comices de Rome, ou les décrets du sénat [5]. Elles avaient également leur sénat, appelé *curia* (*ordo decurionum*), et leurs magistrats élus par les habitants. Deux ou quatre magistrats analogues aux consuls romains, mais sans commandement militaire, exerçaient ordinairement le suprême pouvoir, et administraient la justice (*duumviri* ou *quatuorviri juri dicundo*). En outre il y avait des

[1] Cic. *pro Tullio,* c. 10; *divinat.,* c. 17.— Pline, *Epist.,* III, 20. — Gaius, IV, 185.

[2] Denys d'Hal., II, 14. 29. —Aulu-Gelle, *N. A.,* XX, 1.« Injuriis æstimandis recuperatores se daturos dixerunt. » Voyez encore, sur le tribunal des recuperatores, Tite-Live, XXVI, 48. XLIII, 2. — Gaius, I, 20. 105. IV, 46. 185.

[3] Cic. *in Pis.,* c. 16; *in Verrem,* IV, 65. 66; *ad famil.,* III, 8. XV, 4; *ad Att.,* VI, 1. 12. 2. 3. — Hirtius, *de bello Afric.,* c. 87.

[4] Voyez ci-dessus § 30, note 17.

[5] Tite-Live, XXIII, 1. 2. 7. 35. XXXIV, 7. — Cic. *de legibus,* III, 16.

édiles, des administrateurs des finances et d'autres magistrats moins importants [6]. Il paraît même que ces villes avaient aussi une juridiction criminelle, quoique restreinte [7].

Le nom de *préfectures* était donné aux municipes qui avaient bien la libre administration de leurs affaires intérieures, mais dans lesquelles un préfet nommé par le peuple romain ou par le préteur exerçait le pouvoir judiciaire [8].

Les *colonies* sont des établissements fondés par Rome et jouissant des mêmes avantages que les municipes. Toutefois on distingue *coloniæ civium* et *coloniæ latinæ*, selon que les habitants étaient citoyens romains ou n'avaient que le jus Latii [9]. L'établissement de colonies dans les provinces ne changeait rien à la condition du sol qui restait provincial; mais souvent on accordait à une colonie le jus italicum et l'on rendait ainsi le sol susceptible de la propriété romaine et exempt de l'impôt foncier (*coloniæ juris Italici;* v. § 32, note 29, et § 33, note 56) [10].

§ 37. *Des provinces.*

Après les guerres d'Italie, quand les Romains avaient conquis un pays, ils y plaçaient des garnisons et en organisaient l'administration sous la présidence d'un magistrat. Cela s'appelait réduire en province (*in provinciam redigere*) [11]. Les terres publiques étaient

[6] Nous trouvons particulièrement les fonctions suivantes : Prætores, quinquennales seu censores. Dans des villes d'origine latine il se trouve même un dictateur.

[7] Tabula Heracl., p. II. « Quive judicio publico Romæ condemnatus est, erit, quocirca eum in Italia esse non liceat, neque in integrum restitutus est, quive in eo municipio colonia, præfectura, foro, conciliabulo, cujus erit, judicio publico condemnatus est, erit, etc. »

[8] Il résulte clairement d'un passage de la loi Rubria (ligne 6, « II vir, III vir *præfectusve* ejus municipii »), que la qualité de préfecture n'était pas exclusive de celle de municipe. — Depuis 431 on envoyait des préfets à Capoue pour exercer le pouvoir judiciaire sur les Romains établis dans cette ville. Tite-Live, IX, 20. Plus tard on agissait de même à l'égard de Cumes et de huit autres villes de la Campagne. Quand tous les habitants d'Italie furent devenus citoyens romains, il était tout naturel que le préfet eût la juridiction sur tous les habitants de la ville. Voyez Niebuhr, t. III, p. 338-340.

[9] Nous avons déjà parlé des colonies latines au § 33, note 56.

[10] Ce privilége était surtout accordé aux colonies militaires, par exemple à la ville de Cologne.

[11] L'origine du mot « provincia » est douteuse. Niebuhr rejette les étymologies ordinaires (de *pro-vincere*, *pro-videre*) et le fait dériver de « *proventus*, » i. e. πρόσοδος, vectigal, revenu. Voyez tome III, page 727.

confisquées et données à ferme: les propriétés particulières étaient ordinairement laissées à ceux qui les détenaient.

Mais d'après le droit public de Rome, tout le territoire conquis appartenait à la république, et on ne laissait aux propriétaires des terres qu'un droit de possession et d'usage (§ 32, note 27) [12]. Toutefois ce principe n'était pas pris au sérieux; car de fait, ces soi-disant possesseurs avaient tous les droits de véritables propriétaires [13]. Seulement leur propriété était purement de droit naturel (*juris gentium*) et n'avait pas le caractère absolu et rigoureux de la propriété romaine (*dominium ex jure Quiritium*); particulièrement elle ne pouvait être acquise ni transférée d'après les règles du jus civile, et partant elle ne jouissait pas d'une protection aussi efficace [14]. La fiction des Romains d'après laquelle le sol provincial appartenait de droit à l'État leur permit d'imposer aux immeubles une contribution foncière comme une espèce de rente à payer pour la jouissance que la république accordait aux particuliers [15]. C'était là ce qui distinguait le sol provincial d'avec le sol italique, qui avait le privilége de la propriété romaine et était exempt de tout impôt foncier (voyez § 32, note 28).

Outre l'impôt foncier, qui se payait, soit en argent, soit en nature [16], il y avait une contribution personnelle répartie sur les habitants [17]. La république recevait encore des rentes pour l'usage des pâturages publics [18], et il était rare qu'on abolit les contributions indirectes qu'on trouvait déjà établies. Souvent on en imposait d'extraordinaires. Ce n'était pas l'État qui levait les impôts; on

[12] Gaius, II, 7. — Voyez cependant le passage d'Hyginus, cité au § 32, note 28.

[13] Aggenus (Simplic.), ed. Goes., p. 76. « Vindicant tamen inter se non minus fines ex æquo ac si privatorum agrorum. »

[14] Aussi cette propriété naturelle est-elle souvent tout simplement appelée « possessio. » Cic. *ad Att.*, VI, 1. 12. — Simplicius, ed. Goes., p. 76.—Voyez en général Appien, *de bello civ.*, II, 140. — Cic. *adv. Rullum*, II, 4; *in Verrem*, III, 6.—Frontinus, *de agror. qualit.*, ed. Goes., p. 38, et ci-après liv. II, titre I.

[15] Aggenus, *in Frontin.*, ed. Goes., p. 47. « (In provinciis) omnes etiam privati agri tributa atque vectigalia persolvunt. » Voyez en général ci-dessus § 32, notes 28. 29.

[16] Cic. *in Verrem*, III, 6; *pro lege Manilia*, 6; *pro Flacco*, 8. — Appien, *de bello civ.*, II, 140. V, 4.

[17] Il serait fastidieux de citer tous les passages qui établissent ce fait. Nous nous bornerons aux suivants : Cic. *in Verr.*, II, 53. 55. 56. — Appien, *de reb. pun.*, 135.

[18] Cic. *pro lege Man.*, 6; *ad famil.*, XIII, 65.

avait coutume de les donner à ferme. Les chevaliers de Rome avaient formé des sociétés pour exploiter ce genre d'industrie (*publicani*); et ce fut là la source principale de leurs grandes richesses.

Exceptionnellement on accordait à une ville l'immunité des impôts et le privilége d'être exempte des cantonnements militaires [19]. En général, l'administration n'était pas la même dans toutes les provinces. Le mode en était ordinairement réglé par le traité de soumission ou par une disposition législative du sénat ou du peuple. Toutefois il y avait certains principes communs à toutes les provinces.

Tout pouvoir était réuni dans les mains du gouverneur [20], dont les fonctions étaient confiées dans le principe à un préteur particulier, plus tard aux magistrats qui sortaient de fonctions, particulièrement aux ex-préteurs et aux ex-consuls (*pro prætore, pro consule fungebantur*, § 27, n° 1. 2). Il avait ses lieutenants, auxquels il déléguait telle partie de l'administration ou du pays qu'il jugeait convenable [21]. Les finances étaient confiées à un questeur, qui était tout à fait indépendant du gouverneur et le remplaçait ordinairement en cas de mort ou de rappel.

Le gouverneur faisait des tournées dans sa province pour veiller à l'administration de la justice (*conventum facere, judicia ordinaria habere*) [22]. La juridiction criminelle sur les habitants de la province lui appartenait exclusivement; il avait même le droit de vie et de mort sur les citoyens, quand il exerçait le commandement militaire [23]. Toutefois on pouvait invoquer contre lui l'intercession des tribuns de la plèbe [24]. Il jugeait également les affaires civiles; mais sous ce rapport l'administration était loin d'être uniforme. D'abord les villes libres exerçaient elles-mêmes le pouvoir judiciaire. Il paraît aussi qu'en général, quand le procès existait entre deux habitants de la même ville, les autorités de cette ville étaient compétentes pour le juger. Si c'était entre habitants de différentes

[19] Plebisc. de Thermensibus. — Cic. *in Verrem*, II, 69. III, 6. V. 21. — Tite-Live, XLV, 26.

[20] Souvent on laissait les anciens rois, mais en leur ôtant tout pouvoir réel; par exemple, Hérode dans la Judée.

[21] Fr., 4. 5. 6. 10, § 1. Fr., 11-13. 15, D., *de off. procons.* (1, 16).

[22] Cic. *ad famil.*, XV, 7; *ad Att.*, V, 20. VI, 1. — Tite Live, XLV, 39.

[23] *Jus gladii* ou *merum imperium*, Fr., 6, § 8, D., *de off. præs.* (1, 18). — Fr., 1, § 1. Fr., 5, § 1. D., *de off. ejus cui mandata est jurisd.* (1, 21). — Fr., 3, D., *de jurisd.* (2, 1).

[24] Plutarque, *Jules César*, c. 4.

villes, le gouverneur désignait lui-même le juge, lequel était de la nation du défendeur quand la contestation s'était élevée entre un citoyen romain et un provincial. Du moins cela se pratiquait ainsi en Sicile, et il est probable que les mêmes usages avec quelques modifications étaient suivis dans les autres provinces [25]. En tout cas, on pouvait appeler au gouverneur de tout jugement par lequel on se croyait lésé [26].

En général, les Romains avaient coutume de laisser aux provinces le droit civil qu'ils y trouvaient établi; mais les ordonnances des préteurs, qui suivaient ordinairement l'édit de leur collègue de Rome, ne laissa pas que de modifier insensiblement la législation nationale et de la rapprocher de plus en plus de celle de la capitale [27]. D'un autre côté, le droit romain ne pouvait à la longue se soustraire à l'influence des autres législations, et finit par s'approprier insensiblement les principes et les institutions qui se trouvaient établis d'une manière uniforme chez la plupart des autres peuples.

A la fin de leur gestion, le gouverneur et le questeur étaient obligés d'en rendre compte. La loi Calpurnia *repetundarum* (605) établit un tribunal permanent pour les accusations de concussion, et la loi Servilia (648) promit le droit de cité à quiconque accuserait avec succès un gouverneur de province [28]. Mais tout cela n'empêchait pas que l'administration d'une province ne fût considérée comme un moyen infaillible de s'enrichir. Et il en devait être ainsi afin que le gouverneur fût à même de payer les dettes qu'il avait créées pour acheter les électeurs et de couvrir les dépenses qu'il était obligé de faire après sa gestion pour ne pas être condamné du chef de concussion [29].

[25] Cic. *in Verrem*, II, 13. « Siculi hoc jure sunt, ut, quod civis cum civi agat, domi certet suis legibus... Quod civis romanus a Siculo petit, Siculus judex datur; quod Siculus a cive romano, civis romanus datur, etc. » *Ibid.*, c. 14-18. 22-25. 37. 38.

[26] Cela résulte des règles générales sur les attributions des magistrats, § 26, note 50. Voyez au reste ci-après §§ 49. 52. 55.

[27] Parfois on faisait aussi à Rome des lois spéciales qui avaient pour but de modifier le droit civil, soit de toutes les provinces, soit d'une province déterminée. Gaius, I, 183. 185. III, 122. — Ulpien, XI, 18.

[28] *Fragm. legis Serviliæ*, lin. 23. — Cic. *pro Balbo*, c. 24.

[29] « Quæ, quamquam gravia sunt, dit Salluste, tamen consuetudine pro nihilo habentur. » *Jugurtha*, c. 31.

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 38.

Le droit romain, fixé par la législation des Douze tables, commence à se développer et à s'élargir. Par suite des conquêtes et après que le droit de cité eut été accordé aux alliés, la loi de Rome devient celle de l'Italie entière. Mais si d'un côté le jus civile de la république remplace les droits nationaux des villes soumises [30], d'un autre côté il ne peut pas se soustraire à l'influence que les lois des autres peuples devaient nécessairement exercer sur lui par suite des relations multipliées de Rome avec l'étranger. Les idées sévères et exclusives perdent de leur rigueur extrême; les Romains s'habituent à admettre les principes qu'ils trouvent établis chez tous les peuples et que par cela même ils considèrent comme étant fondés dans la nature des choses [31]. Toutefois l'autorité de ce *jus gentium* est faible encore; la législation n'en tient aucun compte. C'est le magistrat chargé de l'administration de la justice qui essaye de satisfaire l'opinion publique, en faisant valoir des principes plus larges et plus libres. Il est probable que l'établissement du préteur peregrinus, qui par la nature de ses fonctions était obligé d'avoir quelque égard aux législations étrangères, favorisa beaucoup cette tendance. Les préteurs sont aidés dans leurs réformes par la science qui commence à naître et qui met déjà à profit la philosophie des Grecs. Toutefois les jurisconsultes de notre époque ne s'occupent guère que de questions pratiques; ce n'est que dans l'époque suivante que la science du droit arrive à son apogée.

[30] Aulu-Gelle, IV, 4. « ... Hoc jus sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Julia data est. »

[31] « Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque jus gentium, quasi quo jure omnes gentes utuntur. » § 1, I. *de jure nat. gent. et civ.* (1. 2).

LÉGISLATION.

§ 39. *Décrets du peuple* (*Leges—Plebiscita*).

C'est dans le peuple que réside le pouvoir législatif. Nous avons vu ci-dessus comment il s'est fait que les décrets de la plèbe (*plebiscita*) obtinrent la même force obligatoire que ceux de la nation entière (*populiscita, leges centuriatæ*). A partir de cette époque le nom de *leges* est donné à tous les décrets des comices ; toutefois un monument du septième siècle distingue encore leges et plebiscita[32].

Quand un magistrat voulait faire voter une loi, il en publiait le projet (*lex promulgabatur*), et l'exposait aux yeux du peuple pendant trois jours de marché consécutifs (*per trinundinum*). Le peuple assemblé, il proposait la loi (*lex ferebatur*), et demandait qu'on allât aux voix (*rogatio*). Le vote se faisait au moyen de tablettes : chaque citoyen en recevait deux ; sur l'une d'elles se trouvait le vote favorable (U. R. *uti rogas*), sur l'autre le vote négatif (A. *Antiquo. Antiqua probo*). Quand le projet était adopté, il s'appelait *lex jussa*.

Ceux qui proposaient une loi y mêlaient parfois des choses hétérogènes, afin de faire passer une proposition avec l'autre ; car le peuple, ne pouvant voter que sur l'ensemble du projet, se résignait souvent à consentir des dispositions défavorables pour en obtenir d'autres avantageuses. On appelait de pareilles lois *leges saturæ*[33]. Cet usage fut interdit par une loi Cæcilia Didia (656).

Une loi pouvait être abrogée ou modifiée par une loi postérieure (*abrogare, derogare, subrogare, obrogare*)[34]. On avait toujours soin de déterminer avec la plus grande précision en quoi une loi nouvellement portée devait influer sur la législation existante[35].

[32] Aulu-Gelle, X, 20. —Tabula Heracl., ligne 72. V. ci-après note 40.

[33] C'est-à-dire *lois pot-pourri*. Festus, v. « *Satura* et cibi genus ex variis rebus conditum est, et lex multis aliis legibus conferta... » Isidore, *Orig.*, IV, 10. — *Declam. pro domo,* c. 20, in f.

[34] Tite-Live, VII, 17. « In XII tabulis legem esse, ut quodcunque postremum populus jussisset, id jus ratumque esset. » —Ulpien, Pr. § 3. « Lex aut *rogatur*, id est fertur; aut *abrogatur*, id est prior lex tollitur; aut *derogatur*, id est pars primæ legis tollitur; aut *subrogatur*, id est adjicitur aliquid primæ legi ; aut *obrogatur*, id est mutatur aliquid ex prima lege. »

[35] A cet effet on se servait de certaines formules sacramentelles : E. H. L. N. R. (ejus hac lege nihil rogatur). — S. Q. S. S. E. Q. N. I. S. R. E. H. L. N. R. (Si quid sacri sanctique est, quod non jus sit rogari, ejus hac lege nihil rogatur). — De impunitate si quid contra alias leges, ejus legis, ergo, factum sit. Voyez Tab. Heracl., lignes 52. 65. 67. 76. 79. 81. 82.— Lex Rubria, *de Gallia*

Les lois étaient ordinairement divisées en chapitres et finissaient par une sanction pénale contre quiconque y contreviendrait (*leges sacratæ*) [36]. L'acte contraire à la loi était généralement frappé de nullité. La loi qui ne contenait pas semblable disposition, s'appelait *imperfecta*. Elle pouvait être *plus quam perfecta* quand elle prononçait la nullité de l'acte et en outre une peine; elle était *minus quam perfecta* quand elle prononçait une peine sans annuler l'acte [37].

On désignait une loi par le nomen gentile du magistrat qui l'avait portée : *Lex Publilia, Servilia*. Quand il y avait plusieurs lois du même nom, on les distinguait ordinairement en ajoutant le cognomen de l'auteur : *Lex Servilia Cæpionis. Lex Julia Cæsaris.* Les lois proposées par un consul portaient les noms des deux consuls; le nom de celui qui l'avait proposée était le premier : *Lex Valeria Horatia.* Souvent on ajoute l'objet auquel la loi se rapporte : *Lex Sempronia judiciaria. Lex Calpurnia repetundarum. Lex Julia de vi privata.*

Le nombre des lois votées pendant la république est très-considérable; mais il y en a peu qui se rapportent au droit privé. Encore celles qui s'occupent de réformes à cet égard sont-elles pour la plupart des décrets de la plèbe. Nous les mentionnerons quand nous traiterons des matières qu'elles concernent [38].

§ 40. *Décrets du sénat* (*Senatus consulta*).

Les historiens modernes ne s'accordent guère sur la force obligatoire que les décrets du sénat auraient eue du temps de la république. Beaucoup d'entre eux ne leur reconnaissent point force de loi, en se fondant particulièrement sur Tacite qui dit dans ses Annales que ce ne fut que sous Tibère que les comices furent transférés au

Cisalp., c. 21. — Valerius Probus, *de notis rom. interpret.*, ed. Gothofr., p. 1473.

[36] Cic. *pro Balbo*, c. 14; fragm. Cornel.

[37] Macrob., *in Somn. Scip.*, in f. « Inter leges quoque illa *imperfecta* dicitur in qua nulla deviantibus pœna sancitur. » — Ulpien, Pr. § 1, XXX. « ... Prohibet, exceptis quibusdam cognatis, et, si plus donatum sit, non rescindit... » § 2. « *Minus quam perfecta* lex est quæ vetat aliquid fieri, et, si factum fit, non rescindit, sed pœnam ei injungit qui contra legem fecit : qualis est lex Furia testamentaria, etc. » — Voyez encore Gaius, II, 225.

[38] Antonius Augustinus, Manutius, Charondas, Bach ont recueillli les lois dont nous avions connaissance. Les nouvelles découvertes en ont augmenté le nombre. Mr Hugo, dans son *Hist. du dr. rom.*, a indiqué les lois qui se rapportent au droit privé.

sénat [39]. Mais il est évident que dans ce passage il s'agit d'élections et non point de l'exercice du pouvoir législatif. De plus il résulte des témoignages les plus précis des auteurs les plus compétents, que déjà, du temps de la république, les décrets du sénat légalement rendus avaient force obligatoire et formaient une source de droit assez importante [40]. Il est vrai que le droit privé n'était guère en rapport avec les attributions du sénat, qui n'avait à s'occuper que de la religion, des relations extérieures et de l'administration des finances, et que par cette raison les jurisconsultes romains n'ont pas eu l'occasion de nous mentionner des sénatus-consultes de cette époque. Cependant nous en connaissons un qui en tout cas est antérieur au règne de Tibère [41]. Au reste il est difficile de préciser l'époque à laquelle l'exercice du pouvoir législatif fut accordé à ce

[39] TACITE, *Ann.*, I, 15. « Tum primum e *campo comitia* ad *patres* translata sunt. « Ce qui du reste prouve à toute évidence qu'il ne s'agit point dans ce passage d'assemblées législatives, c'est que nous trouvons encore des *leges* sous Claude, Nerva, et même sous Trajan. V. ci-après § 61. — MONTESQUIEU a pensé que les sénatus-consultes n'avaient eu force obligatoire que pour un an. Cette erreur provient sans doute d'un passage de DENYS D'HAL., IX, 45, où les consuls refusent d'exécuter un sénatus-consulte qui ordonne une distribution de terres, et fondent en effet ce refus sur ce « que ce décret, ayant été rendu sous le consulat précédent, n'est plus obligatoire pour l'année actuelle. » Mais tout prouve que ce raisonnement est un misérable sophisme des consuls qui ne cherchaient qu'un prétexte pour se soustraire à l'exécution d'un décret favorable à la plèbe.

[40] Nous transcrivons ici plusieurs passages cités par Mr HUGO, *R. G.*, p. 406 (XI ed.) : TABULA HERACL., ligne 72. « NISI QUIBUS UTEIQUE LEG. (legibus) PL. VE. SC. (plebisvescitis) S. VE. C., (senatusveconsultis) CONCESSUM PERMISSUM ERIT. » — CIC. *Topica*, c. 5. « ... jus civile... id esse, quod in legibus, senatusconsultis, rebus judicatis, jurisperitorum auctoritate, edictis magistratuum, more, æquitate consistat. » — LE MÊME *de legibus*, II, 6. « Igitur tu Titias et Apulejas leges nullas putas? — Ego vero ne Titias quidem. — Et recte, quæ præsertim *uno versiculo senatus... sublatæ sint.* » — DENYS D'HAL., VII, 18. Ταῦτα δὲ ὁρῶσι τοῖς ὑπάτοις ἐδόκει τῆς βουλῆς ἐπιτρεπούσης στρατοπέδου ποιεῖσθαι καταγραφὴν.... ἀλλ' οὐκ ἦν τὸ πλῆθος ὑπήκοον αὐτοῖς.... ἀνάγκην δὲ προσφέρειν τοῖς μὴ βουλομένοις οὐκ ἐδικαίουν τὴν ἐκ τῶν νόμων οἱ ὕπατοι. — HORACE, *Épîtres*, I, 16, vers 41. « Qui consulta patrum qui leges juraque servat. » — (ULPIEN), Fr., 9, D., *de legibus, senatusc.* (1, 3). « Non ambigitur senatum jus facere posse. » — § 3, I. *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2). « Leges, plebiscita, senatusconsulta, principum placita. » — GAIUS, I, 4. « Senatusconsultum est, quod senatus jubet atque constituit. Idque legis vicem obtinet quamvis fuit quæsitum. » Ce « *fuit quæsitum* » se rapporte à la question de savoir si un sénatus-consulte peut déroger à une *loi*. — LE MÊME, IV, 110. « ... Actiones quæ ex lege senatusconsultisve proficiscuntur. »

[41] C'est le Sc. Silanianum. Voyez HUGO, *R. G.*, page 407 (XI edit.).

corps administratif. Il est probable que ce changement eut lieu insensiblement et par la force des circonstances, quoiqu'à la vérité un auteur contemporain de Justinien nous assure que les sénatus-consultes commencèrent à obliger les magistrats à la même époque à laquelle les plébiscites acquirent force de loi générale [42].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

Les édits des magistrats (*Edicta magistratuum. Jus honorarium*).

§ 41.

Avant de démontrer l'influence que les édits des magistrats, particulièrement ceux des préteurs, ont exercée sur le développement du droit romain, il importe de dire quelques mots sur la nature des édits.

On entend en général par *édit* toute ordonnance d'un magistrat [43].

En entrant en fonctions, les magistrats avaient l'habitude d'exposer les principes d'après lesquels ils apprécieraient et décideraient les différents cas qui pourraient leur être soumis dans leur administration, et particulièrement les cas que la loi n'avait pas spécialement prévus [44]. Ces édits s'appelaient *edicta perpetua* (ceux des préteurs aussi *jurisdictionis perpetuæ causa proposita*) en opposition à ceux que les magistrats donnaient pour un cas particulier, *prout res incidit* [45].

[42] Théophile, *paraphrase* des Institutes, I, 2, § 5. Quoique cette notice se trouve tout à fait isolée, on pourrait cependant admettre que la loi Hortensia eût été une espèce de compromis fait entre la plèbe et le sénat aux dépens des curies, d'autant qu'après l'admission des plébéiens au consulat, ces dernières montrent bien plus d'acharnement contre la plèbe que le sénat. (Voyez ci-dessus § 20, note 18.) Voyez encore Pomponius, au Fr. 2, § 9, D., *de origine juris* (1, 2). « Deinde (après la loi Hortensia)... cœpit senatus se interponere, et quidquid constituisset, observabatur : idque jus appellabatur senatusconsultum. »

[43] Cic. *in Pisonem*, 8. — Tite-Live, XXVIII, 25. — Aulu-Gelle, XIII, 15.

[44] Pomponius, en parlant des préteurs, dit : « Magistratus jura reddebant ; et ut scirent cives, quod jus de qua re quisque dicturus esset, seque præmunirent, edicta proponebant ; quæ edicta prætorum jus honorarium constituerunt. Honorarium dicitur, quod ab honore prætoris venerat. » Fr. 2, § 10, D., *de origine juris* (1, 2).

[45] Asconius *ad Cic. or. Corn.*, cité dans la note 47. — Fr. 7. pr. D., *de jurisdict.* (2, 1). « ... Id, quod jurisdictionis perpetuæ causa, non prout res incidit... propositum erit. »

Ainsi nous trouvons des édits des consuls, des censeurs, des tribuns, des édiles [46]; mais les plus importants pour nous sont naturellement ceux des magistrats chargés de l'administration de la justice, les édits des préteurs. La loi Cornelia (687) ordonna aux préteurs de suivre religieusement leurs édits [47]. Ce caractère obligatoire n'était attribué à l'édit que pour l'année de la magistrature du préteur qui l'avait porté [48]. Son successeur publiait un nouvel édit, dans lequel il conservait ordinairement une partie de celui de son prédécesseur. Ce qui passait ainsi successivement dans plusieurs édits (*tralatitium*) avait naturellement par l'usage une plus grande autorité, et devait acquérir à la longue le caractère de droit coutumier [49].

Les anciens appellent l'édit la vive voix du droit romain, et un jurisconsulte célèbre dit que le droit prétorien fut introduit dans l'intérêt de tous les citoyens, pour aider, suppléer et même corriger le droit légal [50]. En effet nous trouvons que souvent le préteur accorde protection à des droits reconnus, mais non pas garantis, par la loi (*adjuvandi gratia*); souvent aussi il applique des dispositions déjà existantes à des cas non prévus et comble ainsi les lacunes de

[46] 1) Dion Cass., LV, 6.—Aulu-Gelle, XIII, 15. « In edicto consulum, quo edicunt, qui dies comitiis centuriatis futurus sit... »—2) Corn. Nepos, *Caton*, 2. « Cato censor factus... multas res novas addidit in edictum, quare luxuria reprimeretur. » — Tite-Live, XXXIX, 44. — Pline, *H. N.*, XIII, 3. XIV, 16. XXVI, 2. — Aulu-Gelle, XV, 11. — 3) Cic. *in Verrem*, II, 2, 41. « ... Cum eorum (tribunorum) edicto non liceret quemquam Romæ esse, qui rei capitalis condemnatus esset, etc. » — 4) Tit., D., *de Ædilitio edicto* (21, 1). — § 1. I, *si quadrupes pauperiem fec. dicatur* (4, 9).

[47] Le motif de cette loi, qui était d'assurer l'impartialité du préteur, est suffisamment indiqué dans le passage suivant d'Asconius *in argum. Cornel.* « Lex Cornelia sanxit: ut prætores ex edictis suis perpetuis jus dicerent, quæ res tum gratiam ambitiosis prætoribus, qui varie jus dicere assueverant, sustulit. » — Voyez encore Dion Cass., XXXVI, 23.

[48] De là « edictum annuum, lex annua, » ce qui est synonyme du terme « edictum perpetuum. » Voyez note 47 et Cic. *in Verrem*, II, 1, 42.

[49] Cic. *in Verrem*, II, 1, 45; *de invent.*, II, 22. « Consuetudinis autem jus esse putatur id, quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit... Quo in genere et alia sunt multa et eorum multo maxima pars, quæ prætores edicere consueverunt. »

[50] Cic. *in Verrem*, II, 44. « Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. » —Fr., 8, D., *de justitia et jure* (1, 1). « Viva vox juris civilis. » — (Papinianus), Fr. 7, D., *eod.* « Jus prætorium... prætores introduxerunt *adjuvandi*, vel *supplendi*, vel *corrigendi juris civilis* gratia, propter utilitatem publicam. »

la législation (*supplendi gratia*) ; quelquefois même il agit contre les prescriptions de la loi (*corrigendi juris civilis gratia*).

§ 42.

Mais comment un juge, chargé d'appliquer la loi, a-t-il pu se permettre de la modifier, et même de la violer? Et comment les ordonnances d'un magistrat, qui n'avait point de pouvoir législatif, ont-elles pu avoir une autorité égale, et même supérieure, à celle de la loi? — Ces questions ont beaucoup embarrassé les érudits modernes. Et cependant nous voyons tous les jours des faits analogues se produire sous nos yeux sans que personne s'en étonne. En effet, ne trouve-t-on pas tout naturel que la jurisprudence du tribunal suprême « étende les principes de la loi, par une application sage et raisonnée, aux hypothèses privées? qu'elle s'empare des intérêts que la loi n'a pas satisfaits, qu'elle les protége et qu'elle les fasse prédominer par des essais continus[51] » ? Les mêmes causes qui ont fait attribuer cet immense pouvoir à la cour de cassation se retrouvent dans l'institution des préteurs, mais plus générales et plus puissantes. Aussi permettent-elles au préteur d'aller plus loin.

Ce n'est que chez lui que le citoyen pouvait réclamer justice; lui seul décidait toutes les questions de droit. Ces décisions, il est vrai, n'étant que des actes isolés, ne formaient pas de règles générales. Mais les principes énoncés dans l'édit annuel étaient appliqués pendant toute la durée de la magistrature et passaient même ordinairement aux magistratures suivantes. D'ailleurs l'uniformité des décisions forçait les citoyens à regarder comme obligatoires les principes qui les avaient dictées. Et qu'on ne perde pas de vue que les magistrats romains jouissaient d'un pouvoir arbitraire dont l'exercice n'était restreint que par la responsabilité que leurs actes pouvaient leur faire encourir. — Or, il est évident que cette responsabilité n'était guère à craindre quand le préteur se laissait guider par l'équité et par l'opinion publique, qui seule pouvait être appelée à juger ses actes[52]. C'est ainsi qu'il lui était possible de lut-

[51] Portalis, *Discours préliminaire du projet du code civil.*

[52] S'il ne le faisait pas, il s'exposait certainement à des poursuites. C'est ainsi qu'un des chefs d'accusation contre Verrès était d'avoir fait entrer dans son édit des dispositions qui avaient pour but de dépouiller ses administrés. Voyez Cic. *in Verrem*, II, 1 ; 40 - 61. Mais ce sont des exceptions. En général les préteurs suivirent une marche sage; les changements qu'ils introduisirent étaient

ter contre la lettre et même contre l'esprit de la loi, d'autant plus que la législation, ne s'occupant guère du droit privé, finit bientôt par n'être plus en harmonie avec les mœurs de la nation. Cet état de choses fit naturellement sentir le besoin d'introduire des réformes dans la législation, surtout à l'époque où les rapports plus fréquents et plus intimes avec les nations étrangères montrèrent aux Romains l'insuffisance de leur droit sévère et exclusif et firent naitre chez eux des idées plus libérales. Ce fut donc pour le préteur à la fois un devoir et un moyen de gagner la faveur du peuple que d'adoucir la rigueur du droit civil en le modifiant par des régles qu'il trouvait fondées en équité ou établies et reçues chez les autres nations (*jus gentium*). Il est probable que les premiers pas dans cette voie ont été faits par le préteur des étrangers que la nature de ses fonctions forçait à tenir compte du *jus gentium;* mais le préteur urbain ne laissa pas que d'obéir à la même impulsion.

§ 43.

Pour comprendre les moyens dont le préteur disposait pour réformer le droit légal, il faut se rappeler que c'était à lui d'examiner la question de droit qui se présentait dans un procès avant de décider s'il fallait renvoyer les parties devant un judex, en d'autres termes s'il fallait accorder au demandeur l'action et la formule qu'il demandait (§ 35). Or s'il résultait de cet examen que les conclusions du demandeur étaient fondées sur la loi, mais que dans l'espèce il pouvait y avoir des circonstances favorables au défendeur, le préteur ne pouvait pas refuser l'action, mais il ordonnait au juge de ne pas condamner au cas que les faits allégués par le défendeur fussent trouvés vrais. Il insérait une exception dans la partie de la formule qui contient la condamnation [53]. Au moyen de ces

considérés comme de véritables réformes et reçus par l'assentiment général. — Cic. *de invent.*, II, 22. « Voluntate omnium sine lege comprobatum. » — *In Verrem,* II, 1, 44. « Posteaquam jus prætorium constitutum est, semper hoc jure usi sumus. » Dans un autre passage, *de legibus,* I, 5, il fait dire à Atticus, que la plupart de ceux qui veulent s'instruire dans la science du droit apprennent plutôt l'édit du préteur que les lois.

[53] Pr. I. *de exceptionibus* (4, 13). « ... Sæpe enim accidit, ut licet ipsa persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit adversus eum, cum quo agitur. » § 1. « Verbi gratia si *metu coactus*, aut *dolo inductus,* aut *errore lapsus* stipulanti Titio promisisti, quod non debueras, palam est, jure civili te obligatum esse (parce que la loi dit que *toute* stipulatio, c'est-à-dire, promesse formelle entraine une obligation); et actio qua intenditur, dare te oportere.

exceptiones, il protégeait donc la bonne foi contre les chicanes et les manœuvres frauduleuses. Aussi l'une des exceptions les plus fréquentes et les plus importantes est l'*exceptio doli*.

Mais le préteur ne se bornait pas à défendre; le cas échéant, il accordait une protection plus efficace en donnant une action à celui à qui une exception n'aurait pu servir. Pareille action était ordinairement créée pour des cas qui, sans être identiques à ceux prévus par la loi, présentaient cependant avec eux quelque analogie. Un exemple servira à rendre plus clair ce que nous venons de dire. La propriété jouissait chez les Romains d'une protection absolue; le propriétaire qui avait perdu la possession de la chose pouvait la reprendre dans quelque main qu'elle se trouvât. A cet effet, il avait une action qui suivait la chose partout, une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio*. Mais pour qu'il pût se servir de ce moyen, il fallait qu'il eût acquis d'une manière conforme au jus civile des Romains (*ex jure Quiritium*). Or, d'après le jus civile, la propriété de certaines choses, par exemple des immeubles à Rome, ne pouvait être transmise que par un mode solennel, par mancipatio ou in jure cessio. Si donc quelqu'un me vendait et me transmettait son fonds sans accomplir ces formalités, je n'acquérais pas la propriété romaine, bien que je fusse considéré comme propriétaire d'après le droit naturel, et qu'en exerçant aux yeux de tous les citoyens ma propriété naturelle pendant deux ans, je pusse par *usucapio* lui donner le caractère de propriété romaine. Mais tant que cette usucapion n'était pas accomplie, je ne pouvais intenter la Rei vindicatio. Cependant il est évident que personne au monde n'a de meilleur droit sur la chose que moi; et il paraît tout à fait équitable de m'accorder la protection due au véritable propriétaire. C'est ce que fit le préteur Publicius au moyen d'une fiction qui faisait considérer le possesseur comme ayant déjà accompli l'usucapion, et par conséquent comme ayant acquis la propriété romaine[54]. A ce titre,

efficax est : sed iniquum est, te condemnari; ideoque datur tibi exceptio *metus causa*, aut *doli mali*, aut *in factum* composita, ad impugnandam actionem. » Voyez encore § 2-5, I, *eod.*, et Gaius, IV, 116. 117.

[54] Gaius, IV, 36. « ... Datur autem hæc actio (Publiciana) ei qui ex justa causa traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit; nam, quia non potest eam *ex jure Quiritium suam esse* intendere, *fingitur* rem usucepisse, et ita *quasi* ex jure Quiritium dominus factus esset, intendit hoc modo, JUDEX ESTO; SI QUEM HOMINEM AULUS AGERIUS EMIT... EI TRADITUS EST, ANNO POSSEDISSET, TUM SI EUM HOMINEM DE QUO AGITUR, EJUS EX JURE QUIRITIUM ESSE OPORTERET et reliqua. » Gaius parle ici de la propriété d'un esclave qui, en sa qualité de chose mobilière, peut être usucapé en une année de temps. Les

il lui accorda une action analogue à la Rei vindicatio (*Publiciana in rem actio*). De pareilles actions créées par analogie s'appellent *utiles actiones.*

Les préteurs allèrent plus loin; ils ne se bornèrent pas à accorder des actions utiles, ils en inventèrent même de nouvelles pour des cas qui ne présentaient aucune analogie avec les principes du jus civile, mais où l'équité réclamait trop impérieusement leur intervention. Lorsque, par exemple, une convention surprise par la fraude ou extorquée par la violence avait été exécutée par la partie lésée, une exception ne pouvait servir de rien, puisque l'exception n'est que la défense à une action, et que la partie adverse, ayant déjà obtenu ce qu'elle voulait, n'avait plus besoin d'intenter une action. Il n'y avait donc d'autre moyen de rendre à la partie victime de la fraude ou de la violence ce qu'elle avait perdu, que de lui donner une action[55]. Ces actions, qui n'étaient point basées sur une règle du jus civile, mais uniquement sur des considérations d'équité résultant des faits particuliers de l'espèce, s'appelaient *in factum conceptæ*, en opposition aux autres, *in jus conceptæ* (basées sur un principe général de droit).

Quelquefois même, quand il ne trouvait point d'autre moyen de réparer ou de prévenir une lésion, le préteur, usant de son imperium, anéantissait les actes qui avaient produit cette lésion ou la faisaient craindre, quoique ces actes fussent valides d'après le droit civil. Il remettait les choses dans l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte (*in integrum restituere*). Mais ce moyen extrême n'était employé qu'avec la plus grande précaution, et on ne tarda pas à le soumettre à des règles fixes que nous exposerons quand nous traiterons de la restitution en entier. (Voy. livre I. Appendice.)

En vertu de son pouvoir de magistrat, le préteur pouvait prendre les mesures nécessaires pour assurer l'exécution de ses ordonnances : c'était pour lui un nouveau moyen de combler les lacunes du jus civile. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple, quand la maison de mon voisin menace de s'écrouler et de me causer par là un dommage quelconque, je puis m'adresser au préteur, lequel ordonnera au voisin de réparer la maison ou de me fournir caution

immeubles ne pouvaient être usucapés que par une possession de deux ans.

[55] Actio de dolo, actio quod metus causa. — Fr. 1. D., *de dolo malo* (4, 3). « Hoc edicto Prætor adversus varios et dolosos qui aliis obfuerunt calliditate quadam, subvenit : ne vel illis malitia sua sit lucrosa, vel istis simplicitas damnosa. Verba autem edicti talia sunt : QUÆ DOLO MALO FACTA ESSE DICUNTUR, SI DE HIS REBUS ALIA ACTIO NON ERIT ET JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, JUDICIUM DABO. »

du chef du dommage à venir (*cautio damni infecti*, c'est-à-dire *nondum facti*). S'il n'obéit pas, le préteur m'envoie provisoirement en possession de la maison (*missio in possessionem*) et m'en attribue même la propriété par une ordonnance ultérieure (*missio ex secundo decreto*) si les réparations nécessaires ne se font pas.

Il nous reste à parler des *fictions*, dont les préteurs usaient fréquemment, et qui leur permettaient d'introduire bien des réformes dans la législation. Nous en avons vu un exemple dans la Publiciana actio, qui repose sur la fiction que le demandeur aurait accompli une usucapion, que réellement il n'avait fait que comm en cer. Des fictions analogues se trouvent dans plusieurs autres utiles actiones. L'exemple le plus important en est la *Bonorum possessio*, institution prétorienne qui finit par renverser entièrement la partie du jus civile qui réglait les successions à cause de mort. Les principes du droit romain sur les successions étaient empreints au plus haut degré de la rigueur des mœurs anciennes. La législation ne s'en était presque pas occupée, de sorte qu'à une époque plus avancée, la stricte exécution de la loi eût blessé tous les sentiments. Dans cet état de choses, le préteur se fit l'interprète de l'opinion publique, et chercha à conférer la succession non pas aux personnes désignées par la loi, mais à celles que l'équité naturelle semblait appeler à recueillir les biens délaissés. A cet effet, il envoyait ces dernières en possession des biens (*bonorum possessio*) et les y maintenait par tous les moyens que la loi mettait à sa disposition, soit en les protégeant contre les poursuites des véritables héritiers, soit même en leur donnant des actions analogues à celles qui n'étaient accordées par la loi qu'à ces derniers. De cette manière les Bonorum Possessores, sans être héritiers titulaires, avaient cependant tous les avantages qui auraient pu résulter de cette qualité; ils étaient *ficti heredes*. (Voyez ci-après livre V [56].)

§ 44.

Tout préteur avait le droit de publier des édits; mais ce sont principalement les édits des deux préteurs résidant à Rome qui exercent une grande influence sur le développement du droit ro-

[56] Nous aurions également pu parler des *interdits*. Mais on comprend aisément que notre but n'a pu être d'énumérer ici tous les moyens dont les préteurs disposaient dans leurs fonctions; au reste, des raisons de méthode nous empêchent d'entrer dans des détails qui supposent la connaissance de notions que nous ne pourrons donner que plus tard.

main. Il parait qu'on les désignait tous deux par le nom d'*edictum urbanum* ou *urbicum* [57]. Les préteurs des provinces suivirent en général dans leurs édits (*edictum provinciale*) l'impulsion donnée par leurs collègues de Rome [58].

Outre les édits des préteurs, nous remarquons comme importants pour le droit privé ceux des *Ediles curules*, lesquels, en leur qualité d'administrateurs de la police, avaient la surveillance des rues et marchés ainsi que des opérations (particulièrement des ventes) qui s'y faisaient [59].

Le droit qui se formait par les édits s'appelait *jus honorarium* (de *honores,* magistratures), en opposition au *jus civile,* c'est-à-dire à l'ancien droit coutumier, fixé et modifié par la loi des Douze tables et développé ultérieurement tant par l'autorité législative que par la science (voyez les §§ suivants) [60].

Nous trouvons parmi les institutions qui résultent du droit prétorien plusieurs actions qui furent probablement créées du temps de la république, notamment les actions Calvisiana, Faviana, Pauliana, Publiciana, Rutiliana, et deux autres qui portent le nom de Serviana, l'interdictum Salvianum et un edictum Carbonianum. Toutefois il serait difficile de déterminer d'une manière certaine l'époque à laquelle elles ont été créées [61].

Les Édiles établirent des règles sur la garantie des défauts d'une chose vendue, particulièrement des esclaves et bestiaux vendus au marché; l'action contre celui dont l'animal aurait blessé un homme ou lui aurait causé un dommage a été aussi introduite par eux [62].

[57] On tire cette conséquence de ce que Gaius a écrit deux ouvrages, l'un *ad edictum urbicum*, l'autre *ad edictum provinciale.* Fr. 55-75, D., *de regulis juris* (50, 17).—Voyez en général LEX RUBRIA, c. XX, lin. 24. 25. « Eam stipulationem, quam is qui Romæ inter peregrinos jus dicit, in albo propositam habet. » — GAIUS, I, 6. — THÉOPHILE, 1, 2, 7.

[58] CIC. *ad famil.*, III, 8; *ad Attic.*, V, 21. VI, 1; *in Verrem,* II, 1, 46. 3, 65.

[59] CIC. *de off.*, III, 17. — AULU-GELLE, IV, 2. — GAIUS, I, 6. — TIT., D., *de Ædilitio edicto* (21, 1).

[60] CIC. *Topica*, 5. — Fr. 1, pr. D., *de justitia et jure* (1, 1). — Fr. 2, § 5. 10. 12. D., *de origine juris* (1, 2).

[61] Voyez HUGO, *R. G.*, page 435 (ed. XI).

[62] TIT., D., *de Ædil. ed.* (21, 1). — § 1, I., *si quadrupes pauperiem fecisse dicatur* (4, 9).

Jurisconsultes (*Auctoritas prudentum*).

§ 45.

Quoique par la publication des Douze tables le texte de la loi eût été porté à la connaissance de tous les citoyens, les patriciens cependant, seuls chargés de l'appliquer, surent pendant longtemps envelopper d'un secret impénétrable les formalités d'application et la pratique des lois. Les pontifes surtout étaient les dépositaires de ces mystères [63]. Ce qui contribuait à leur assurer ce monopole, c'était l'institution des dies fasti et nefasti. On appelait *fasti* les jours auxquels il était permis de traiter des affaires publiques et particulièrement d'agir en justice. C'étaient originairement les jours de marché (*nundinæ*), au nombre de trente-huit dans l'année lunaire de dix mois. Après l'introduction de l'année solaire de douze mois, le nombre des dies fasti resta le même; ce qui dut nécessairement produire une grande confusion. Le citoyen qui voulait connaître le jour auquel il lui serait permis de s'adresser aux magistrats, était donc obligé d'avoir recours aux pontifes, lesquels déterminaient les dies fasti à l'aide de tables chronologiques. Les mêmes prêtres conservaient les *formules* sacramentelles dont l'observation était rigoureusement prescrite dans tous les actes judiciaires. A l'aide de ces moyens il était facile à la caste sacrée de tenir les plébéiens sous sa dépendance. L'avénement des plébéiens à la préture ne mit pas fin à cet état de choses. Ce ne fut que trente ans plus tard (450) qu'un certain Cn. Flavius, scribe et protégé d'Appius Claudius Cæcus, publia un tableau des *dies fasti* et *nefasti*, qu'il exposa publiquement dans le forum, et un recueil de formules (*actiones*) qui fut connu sous le nom de *jus civile Flavianum* [64]. D'après Pomponius, Flavius aurait dérobé ces renseigne-

[63] Fr. 2, § 5. 6. D., *de orig. juris* (1, 2). « His legibus (XII tabularum) latis cœpit, ut naturaliter evenire solet, ut *interpretatio* desideraret prudentium auctoritatem necessariamque *disputationem fori* (les plaidoiries). Hæc disputatio et hoc jus, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur... sed communi nomine appellatur jus civile. Deinde ex his legibus... *actiones* compositæ sunt, quibus inter se homines disceptarent : quas actiones, ne populus prout vellet institueret, certas solemnesque esse voluerunt, et appellatur hæc pars juris legis actiones. Et ita eodem pene tempore tria hæc jura nata sunt, *leges XII tabularum;* ex his fluere cœpit *jus civile;* ex iisdem *legis actiones* compositæ sunt. »

[64] Fr. 2, § 5. 7. D., *eod.* « Hic liber, qui actiones continet, appellatur *jus*

ments à son protecteur Appius et les aurait publiés à son insu; mais le récit de Pline, suivant lequel Appius lui-même aurait favorisé cette publication, se concilie mieux avec ce que nous savons du rôle politique de ce fier ambitieux qui chercha plus d'une fois à se rendre agréable à la masse, afin d'arriver plus sûrement au pouvoir absolu[65]. Ce fut aussi la faction d'Appius qui porta Flavius à l'édilité[66].

Quoi qu'il en soit, ces publications mirent fin à l'exploitation ténébreuse des patriciens et des prêtres. L'admission des plébéiens au pontificat dut nécessairement répandre davantage la science du droit; et nous lisons que Ti. Coruncanius, le premier grand pontife plébéien, fut aussi le premier qui enseigna la science du droit publiquement[67].

Son exemple fut suivi par beaucoup d'autres hommes éminents. Les jeunes gens se formaient à l'étude des lois en assistant aux plaidoiries et aux consultations[68]. Les jurisconsultes ne constituaient pas une profession distincte; les hommes d'État se préparaient à leur carrière par l'étude du droit, et l'éloquence judiciaire devint bientôt un moyen puissant d'acquérir une brillante réputation. Mais les jurisconsultes ne se bornèrent pas à étudier le droit existant; par la nature même de leurs occupations, ils furent amenés à le développer et à y introduire des réformes. Consultés par les citoyens sur toutes les transactions civiles, ils donnaient leurs avis sur les questions contentieuses, et rédigeaient pour les actes, tant judiciaires qu'extrajudiciaires, des formules dans lesquelles ils avaient soin d'insérer les clauses et réserves nécessaires pour mettre leurs clients à l'abri d'une interprétation défavorable (*respondere—scribere—cavere*)[68]. En commentant et en appliquant ainsi le droit en vigueur, ils en découvrirent les lacunes, ils rencontrèrent des complications difficiles que la combinaison des différentes dispositions légales et des conventions particulières devait nécessairement faire naître. Ils se trouvaient donc sur le même terrain que le préteur; aussi usaient-ils des mêmes moyens, mais naturellement avec moins de hardiesse. C'est surtout en étendant un principe reconnu

civile Flavianum, sicut ille *jus civile Papirianum;* nam nec Cn. Flavius de suo quidquam adjecit libro. »

[65] Fr. 2, § 7, D., *eod.* « Subreptum librum. » — Pline, *H. N.*, XXXIII, 6 (1). — Voyez encore Cic. *de orat.*, I, 41 (43); *pro Murena* (1, 2); *ad Attic.*, VI, 1. — Macrobe, *Saturn.*, I, 15.

[66] Tite-Live, IX, 46. « Forensis factio. »

[67] Fr. 2, § 35. 38, D., *de orig. juris*, 1, 2. « Publice professus. » — Cic. *de orat.*, III, 33.

[68] Cic. *de orat.*, I. 49; *pro Murena*, 9.

à des cas analogues et en employant les fictions, moyen si conforme à l'esprit cauteleux des Romains, qu'ils secondèrent le préteur dans ses réformes, et que souvent même ils le devancèrent. Leurs opinions et particulièrement les réponses qu'ils donnaient sur une consultation (*responsa*) n'avaient certes qu'une puissance morale; mais quand elles avaient été adoptées par plusieurs jurisconsultes et souvent appliquées en justice (*sententiæ receptæ*), les juges ne décidaient pas facilement contre une pareille autorité.—C'est ainsi que Pomponius dit que la doctrine des jurisconsultes et la jurisprudence qui se forme par les débats judiciaires, *disputatio fori,* sont une source importante du droit romain [69].

§ 46.

Pendant l'époque dont nous parlons, les jurisconsultes ne s'occupèrent guère que de travaux pratiques. Sextus Ælius Pætus (consul en 556), surnommé Catus à cause de son habileté dans la jurisprudence, publia un recueil appelé *Tripertita,* parce qu'il se composait de trois parties, du texte de la loi des Douze tables, d'un commentaire sur cette loi, et enfin d'un formulaire contenant des modèles d'actes judiciaires (*legis actiones*) [70]. M. Porcius Cato l'Ancien (censeur en 570) écrivit des *commentarii juris civilis* et publia des *responsa* [71].

Les anciens nous citent encore jusqu'au temps de Caton, comme jurisconsultes célèbres, Appius Claudius Cæcus, le protecteur de Flavius, P. Sempronius, surnommé σόφος, tous deux antérieurs à Coruncanius, puis P. Licinius Crassus, P. Cincius Alimentus, au-

[69] V. la note 63. — Fr. 2, § 5, D., *de orig. jur.*, 1, 2. « ... Hæc disputatio (fori) et hoc jus quod sine scripto venit, compositum a prudentibus,... communi nomine appellatur *jus civile.* » Les « disputationes fori, » dont il est question dans ce passage, sont évidemment les débats judiciaires, et particulièrement les plaidoiries des avocats. Cette explication a paru trop ordinaire aux érudits; à l'aide d'un passage de Juvénal, qui n'a pas le moindre rapport à notre matière, mais où Apollon est appelé *jurisperitus* (I, 128), ils ont imaginé des académies de jurisconsultes dont les séances auraient eu lieu près du temple d'Apollon, et dans lesquelles on aurait proposé et discuté des questions de droit. Voyez Terrasson, *Hist. de la jurispr. rom.*, p. 225.

[70] (Pomponius), Fr. 2, § 38, D., *de origine juris* (1, 2). Il est probable que ces Tripertita et le jus Ælianum, dont il est question au Fr. 2, § 7. D., *eod.*, sont le même ouvrage.

[71] Festus, v. *Mundus.* « ... Sic refert Cato in commentariis juris civilis. » — Aucun auteur ne dit expressément que Caton ait publié des responsa; mais on tire cette conséquence de Cic. *de orat.*, II, 33.

teur d'un grand nombre d'ouvrages, P. Cornelius Scipio Nasica, Q. Mucius, P. Ælius Catus, le père de Sextus, P. Atilius, d'après d'autres Acilius appelé *Sapiens* [72].

La connaissance de la philosophie grecque qui, malgré l'opposition qu'elle rencontra [73], commençait à se répandre vers la fin de la république, donna un nouvel essor à l'étude du droit. Q. Mucius Scævola, consul en 657, publia le premier un système complet de droit civil [74]. Servius Sulpicius, consul en 703, écrivit un commentaire sur l'édit des préteurs [75]. Son disciple Ofilius publia un ouvrage plus étendu sur le même sujet [76]. Un autre de ses élèves, Alfenus Varus, se rendit célèbre par un livre conçu sur un plan plus large, *Digesta* [77].

Outre ces jurisconsultes qui, par la nature particulière de leurs écrits, indiquent la nouvelle voie dans laquelle entre la science du droit, nous trouvons plusieurs noms célèbres qui appartiennent à la fin de notre époque. Nous citerons parmi eux le fils de Caton, P. Mucius Scævola, père de Quintus, M. Manilius, M. Brutus, et Livius Drusus [78], puis Cicéron, le grand orateur, dont

[72] A) Fr. 2, § 36, D., *de orig. jur.* (1, 2). — Pline, *H. N.*, XXXIII, 1 (6). —B) Fr. 2, § 37, D., *de O. J.*—C) Cic. *de orat.*, III, 33.—D) Festus, vv. *Subjici. patricios. prætor. rodus.* — Aulu-Gelle, XVI, 4. — E) Cic., *de orat.*, III, 33. — Fr. 2, § 37, D., *de O. J.* — F et G) Fr. 2, § 38, D., *eod.* Cicéron parle d'un certain L. Acilius ou Atilius, appelé Sapiens, qui aurait écrit sur la loi des Douze Tables (*de amic.*, 2. — *de legibus*, II, 23).

[73] Un sénatus-consulte (593) bannit les philosophes. Aulu-Gelle, XV, 11. « ... M. Pomponius. senatum. consuluit. quod. verba. facta. sunt. de. philosophis. et. rhetoribus. de. ea. re. ita. censuerunt. uti. M. Pomponius. prætor. animadverteret. coerceretque. uti. ei. e. republica. fideque. sua. videretur. uti. romæ. ne. essent.

[74] Fr. 2, § 41, D., *de O. J.* (1, 2). — Aulu-Gelle, VII, 15. — Sa réputation de jurisconsulte et d'orateur était très-grande; cependant Cicéron, qui se glorifie d'avoir été son disciple (*Brutus*, 89), élève au-dessus de lui Servius Sulpicius dont il sera parlé ci-après (*Brutus*, 41). Mucius fut tué par la faction de Marius. Le Digeste contient quatre fragments tirés de ses ouvrages; il y est cité quatre fois. Il est probable que la *cautio Muciana* a été inventée par lui.

[75] Fr. 2, § 42-44, D., *de O. J.* (1, 2). Voyez ci-après, note 82.

[76] Fr. 2, § 44, D., *eod.* Voyez ci-après, § 64.

[77] Fr. 2, § 44, D., *eod.* Le Digeste contient 54 fragments tirés de ses ouvrages.

[78] Voyez en général Pomponius, Fr. 2, § 38-44, D., *de O. J.* (1, 2).—Particulièrement A) Tit., D., *de regula Caton.* (34, 7), et Cujas, *Observ.*, IV, 4. — B) Val. Max., III, 2, 15.—*Declam. pro domo*, c. 53.—C) Cic. *de orat.*, III, 33.— Fr. 3, § 3, D., *de acq. poss.* (41, 2).—D) Cic., *Brutus*, 35; *de orat.*, II, 55.—E) Cic., *Tuscul.*, V, 38.—Val. Max., VIII, 7, 4. — Fr. 38, § 1, D., *de act. emt.* (19, 1).

les plaidoiries et quelques ouvrages philosophiques sont une ressource importante pour les recherches historiques sur le droit romain [79], et ses contemporains Q. ÆLIUS TUBERO et C. AQUILIUS GALLUS, qui jouit d'une grande réputation [80]. P. RUTILIUS RUFUS se distingua autant par sa science que par sa probité; il mourut dans l'exil, victime de la vengeance des chevaliers dont il avait osé contenir et réprimer les rapines en Asie [81]. Le plus célèbre jurisconsulte de l'époque fut SERVIUS SULPICIUS, qui mourut en 711 [82]. Il eut pour disciples la plupart des hommes qui brillèrent dans la science du droit au commencement de l'empire, ALFENUS VARUS, A. OFILIUS, et d'autres dont les noms sont cités par Pomponius [83]. Nous devons encore mentionner comme appartenant à la même époque GRANIUS FLACCUS, auteur d'un commentaire sur le droit papirien, ÆLIUS GALLUS, souvent cité par Festus, TREBATIUS TESTA, grand philosophe, son maître Q. CORNELIUS MAXIMUS, AULUS CASCELLIUS, enfin Q. ÆLIUS TUBERO, fils de celui que nous avons nommé ci-dessus [84].

[79] Nous avons indiqué au § 5 les ouvrages de Cicéron qui sont particulièrement intéressants pour notre science. C'est surtout dans ses plaidoïries qu'il nous fournit des renseignements précieux sur plusieurs matières du droit privé. D'après AULU-GELLE il aurait écrit un ouvrage sur le droit civil.

[80] Fr. 3, § 42-43, D., *de O. J.* (1, 2). Son nom est particulièrement connu par une formule qu'il inventa afin de faciliter les conventions entre particuliers (*stipulatio Aquiliana*). Il inventa encore d'autres formules, dont nous parlerons aux endroits convenables.

[81] Fr. 2, § 41, D., *de O. J.* (1, 2). Voyez encore CIC. *de orat.*, I, 53. — VELLEIUS PATERC., II, 13. — VAL. MAX., VI, 4, 4. — Son nom est cité plusieurs fois à propos de réformes introduites dans le droit prétorien, par exemple, *actio Rutiliana* (GAIUS, IV, 35), *constitutio Rutiliana* (*Vat. fr.*, 1). Voyez encore Fr. 1, § 1, D., *de operis libertor.* (38, 2).

[82] CIC. *Brutus*, 41. « Sic enim... existimo, juris civilis magnum *usum* et apud Scævolam et apud multos fuisse; *artem* in hoc uno. » — Voyez encore CIC. *Philipp.*, IX, 5. — QUINTIL., *Inst. orat.*, X, 1, 116; 7, 30. — Fr. 2, § 43. 44, D., *de O. J.* (1, 2).

[83] Fr. 2, § 44, D., *de O. J.* (1, 2). « Ab hoc (S. Sulpicio) plurimi profecerunt; fere tamen hi libros conscripserunt : Alfenus Varus, Caius Aulus Ofilius, Titus Cæsius, Aufidius Tucca, Aufidius Namusa, Flavius Priscus, Caius Ateius Pacuvius, Labeo Antistius, Labeonis Antistii pater, Cinna, Publicius Gellius.

[84] Fr. 2, § 45. 46, D., *de O. J.* (1, 2). — Voyez en particulier A) Fr. 144, D., *de verb. signif.* (50, 16). — CENSORIN., *de die nat.*, c. 3. — B) AULU-GELLE, XVI, 5. — Fr. 157, D., *de verb signif.* (50, 16). — C. D. E) CIC., *ad divin.*, VII, 5. 8. 12. 17. — AULU-GELLE, IV, 2. — Fr. 2, § 45, D., *de O. J.* (1, 2). — Pr. I., *de codicillis* (2, 25). — F) AULU-GELLE, VII, 9; XIV, 2. — Fr. 2, § 46, D., *de O. J.* (1, 2).

§ 47. *Jurisprudence des tribunaux.*

A côté de la science se fait également sentir l'influence de la jurisprudence des tribunaux (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*) [85].

[85] Cic. *Topica*, 5. « Jus civile — id esse, quod in legibus, senatus consultis, *rebus judicatis*, jurisperitorum auctoritate, edictis magistrorum, more, æquitate consistat. » — Fr. 38, D., *de legibus* (1, 3). « ... In ambiguitatibus, quæ ex legibus proficiscuntur, consuetudinem, aut rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem, vim legis obtinere debere. » —Les jugements qu'on cite comme autorité en justice sont appelés *præjudicia*. Ascon. *in Cic. div. in Cæcil.*, c. 4. « Præjudicium dicitur res, quæ cum statuta fuerit, affert judicaturis exemplum, quod sequantur. » Voyez encore Quintil., *Instit. orat.*, V, 2.

TROISIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS AUGUSTE JUSQU'A DIOCLÉTIEN.

(723-1037 de Rome. — 31 avant J. C.-284 de l'ère chrétienne.)

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

TRANSITION A L'ÉTAT MONARCHIQUE. — LEX REGIA.

§ 48.

Après avoir vaincu ses ennemis, Octavien, tout en laissant subsister un simulacre de république et en conservant le plus possible les formes usitées, réussit à s'emparer du pouvoir suprême [1]. Il ne voulut pas prendre le titre de dictateur perpétuel qui rappelait l'odieux souvenir de Sylla; mais il se fit conférer successivement toutes les dignités civiles et religieuses. La puissance tribunitienne, qui lui fut accordée en 731, lui servit surtout à établir son autocratie en lui donnant d'abord l'inviolabilité, qui a toujours été considérée comme l'attribut de la souveraineté, et ensuite le droit important du veto, au moyen duquel il pouvait annuler les décisions de tous les autres magistrats et du sénat [2].

[1] Appien, *de bello civ.*, V, 132. — Vell. Paterc., II, 89. — La politique d'Auguste est bien dessinée dans Tacite, *Annal.*, I, 2. « Posito Triumviri nomine, consulem se ferens et ad tuendam plebem tribunitio jure contentum; « ubi militem donis, populum annona, cunctos dulcedine otii pellexit, insurgere paulatim, munia senatus, magistratuum, legum in se trahere, nullo « adversante; quum ferocissimi per acies aut proscriptione cecidissent; ceteri « nobilium, quanto quis servitio promptior, opibus et honoribus extolleretur; « ac novis ex rebus aucti, tuta et præsentia quam vetera et periculosa mallent. « Neque provinciæ illum rerum statum abnuebant, suspecto senatus populique imperio ob certamina potentium et avaritiam magistratuum; invalido « legum auxilio, quæ vi, ambitu, postremo pecunia turbabantur. »

[2] Dion Cassius, LI, 19.

Enfin, sous le titre de princeps il réunit tous les pouvoirs dans sa personne [3]. La même marche fut suivie par ses successeurs avec plus ou moins d'adresse, mais avec un succès toujours croissant; de sorte qu'au commencement du troisième siècle un empereur put oser se dire au-dessus des lois [4]. Il est vrai qu'en prenant isolément un texte de Dion Cassius, on serait tenté de croire qu'Auguste avait déjà joui de ce privilége exorbitant [5]; mais il résulte d'autres passages du même auteur, et de faits nombreux constatés tant par des monuments que par des historiens, que c'est par exception seulement que les premiers empereurs furent dispensés de certaines lois. Ce n'est que lorsque le despotisme impérial fut entièrement consolidé que le servilisme des citoyens et du sénat persuada aux maitres de Rome qu'ils étaient au-dessus de toutes les lois [6].

Ainsi c'est par une suite continue de lents empiétements et de sourdes usurpations que les empereurs ont réussi à saisir et à consolider dans leurs mains la puissance absolue. Cependant plusieurs auteurs modernes, entrainés par un zèle aveugle à justifier tout pouvoir quelconque, ont cherché à assigner une origine plus noble à l'empire romain, et ont soutenu que l'autocratie des Césars aurait été créée tout d'un coup en vertu d'une loi, par laquelle le peuple aurait renoncé à sa souveraineté et l'aurait transférée à Auguste. Pour soutenir cette opinion, qui est contraire non-seulement aux faits, mais encore à toute vraisemblance historique, on s'est principalement appuyé de quelques textes de la compilation de Justinien, dans lesquels il est question d'une *lex regia*, qui aurait opéré ce

[3] Dion Cassius, LIII, 17. 18.

[4] § 8, I., *quib. mod. testamenta infirm.* (2, 17). « ... Divi quoque Severus « et Antoninus sæpissime rescripserunt : licet enim *legibus soluti sumus*, atta- « men legibus vivimus. »

[5] Dion Cassius, LIII, 18. Λέλυνται γὰρ δὴ τῶν νόμων.... τουτέστιν ἐλεύθεροι ἀπὸ πάσης ἀναγκαίας νομίσεως εἰσι, καὶ οὐδενὶ τῶν γεγραμμένων ἐνέχονται... *Ibid.* 28.

[6] Ainsi Auguste et Caligula furent exemptés de la loi Julia et Papia Poppæa. Dion Cass., LVI, 32. LIX, 15. Voyez encore le monument connu sous le nom de *lex de imperio Vespasiani*, cap. 7. Utique. quibus. legibus. plebisve. scitis. scriptum. fuit. ne. divus. Aug. Tiberiusve. Julius. Cæsar. Aug. Tiberiusve. Claudius. Cæsar. Aug. Germanicus. tenerentur. iis. legibus. plebisvescitis. imp. Cæsar. Vespasianus. solutus. sit. quæque. ex. quaque. lege. rogatione. divum. Aug. Tiberiumve... facere. oportuit. ea. omnia. imp. Cæsari. Vespasiano. Aug. facere. liceat. » Même le Fr. 31, D., *de legibus* (1, 3) qui dit d'une manière générale « princeps legibus solutus est, » est tiré d'un ouvrage de Paul sur la loi Julia et Papia Poppæa.

rapide passage de la république à l'autocratie [7]. Bien plus, on a cru trouver un exemplaire d'une pareille lex regia dans une table d'airain qui fut découverte au Capitole vers le milieu du quatorzième siècle, et sur laquelle est gravée une disposition légale connue sous le nom de *lex de imperio Vespasiani* [8]. Mais tout prouve que cette inscription n'est autre chose que le fragment d'une loi qui conférait le pouvoir à Vespasien, tout à fait de la même manière dont on conférait déjà sous la république l'imperium à un magistrat élu [9]. Ainsi pendant longtemps l'avénement au trône d'un empereur était considéré comme l'installation d'un nouveau magistrat.

Quant à la loi sur laquelle Justinien base la légitimité du pouvoir impérial, le nom même en est mystérieux. Quelques auteurs ont pensé que lex regia signifiait tout simplement une loi par laquelle le peuple aurait remis à Auguste le pouvoir des anciens rois; mais cette opinion n'est point admissible; nous savons en effet de la manière la plus positive qu'à cette époque encore le nom de Rex était en horreur aux Romains [10]. C'est par ce motif que d'autres ont été conduits

[7] § 6, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2). « Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem: cum lege regia, quæ de imperio ejus lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem concessit. » Ce passage est copié du Fr. 1, D., *de const. princ.* (1, 4), attribué à Ulpien. — L. 1, § 7, C., *de vetere jure enucl.* (1, 17). « Lege antiqua, quæ regia nuncupabatur, omne jus omnisque potestas populi Romani in imperatoriam translata sunt potestatem. » — Nous croyons utile de citer ici les autres passages qu'on a l'habitude d'alléguer à propos de cette question, savoir, Dion Cassius, LIII, 12. — Τὴν μὲν οὖν ἡγεμονίαν τούτῳ τῷ τρόπῳ καὶ παρὰ τῆς γερουσίας τοῦ τε δήμου, ἐβεβαιώσατο. — *Ibid.* 28. 32. — Gaius, I, 5. « Constitutio principis... nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, cum ipse imperator per legem imperium accipiat. » — En outre le Fr. 14, § 1, D., *de manumiss.* (40, 1), parle d'une *lex Augusti*, et la L. 3, C. *de testam.* (6, 23), d'une *lex imperii*.

[8] Cette inscription a d'abord été décrite par Franc. de Albertinis. Elle se trouve en outre dans la collection de Gruter, dans Gravina, *Orig. jur. civ.*, p. 231 et seq., et Heineccius, *Ant. Rom.*, 1, 2, 67. Voy. encore Cramer, *D. Vespasianus, s. de vita et legislat. Vesp.*, Jena, 1785. Quelques auteurs l'ont prise pour un sénatus-consulte; mais il résulte du texte même que c'est une loi. « Sanctio. si quis huius legis ergo, etc. »

[9] Voyez ci-dessus § 24. — Cic. *de rep.*, II, 13. 17. 18. 20. — Tacite, *Hist.*, IV, 6. « ... Ceterum eo senatus die, quo de imperio Vespasiani censebant... »

[10] Il suffit de citer ici le passage de Dion, LII, 40, où Mécène conseille à Auguste de saisir le pouvoir absolu, mais de ne point se servir du nom « roi. » Τὸ δ' ὄνομα τῆς βασιλείας, ὡς καὶ ἐπάρατον, φοβηθῇς. *Voyez* encore Huber, *Digress. Justin.*, lib. I, c. 23, § 2, et c. 29. Cet auteur, quoique l'un des plus chauds défenseurs du système de Justinien, croit cependant que le nom de lex regia ne peut dater du temps d'Auguste.

à supposer que le mot aurait été forgé par les compilateurs de la collection de Justinien, ou du moins à une époque où le despotisme des empereurs était déjà solidement établi, et où l'on pouvait oser comparer le pouvoir des Césars à celui des anciens rois. Cette hypothèse acquiert encore plus de vraisemblance par la circonstance que Gaïus, tout en parlant de la loi qui confère le pouvoir à l'empereur, ne lui donne point le nom employé par Justinien (voyez note 7). Toutefois, si l'on insiste sur ce nom, il reste un dernier moyen de l'expliquer : c'est de supposer que cette loi, à défaut de tout autre magistrat, a été proposée par un interrex [11].

Quoi qu'il en soit, les empereurs réussirent à faire disparaitre jusqu'aux formes de l'ancienne liberté. Adrien donna à l'empire une organisation franchement monarchique, et vers la fin de l'époque, nous trouvons tous les éléments d'un despotisme oriental, que Dioclétien régularisa et consolida par son système d'administration.

Constitution de l'empire.

§ 49. *L'empereur.*

A la tête de l'État se trouve le prince, *Imperator, Cæsar, Augustus*. Ces qualités lui assuraient : Le pouvoir consulaire avec la puissance particulière qui depuis Jules César est désignée par le mot « imperium, » et qui comprend le commandement des armées, le droit de déclarer la guerre et de faire des traités de paix, enfin le droit de vie et de mort, même sur les sénateurs et les chevaliers [12].

2. Le pouvoir proconsulaire, c'est-à-dire l'administration des provinces, ou du moins d'une partie des provinces [13].

3. Le pouvoir des censeurs, ou plutôt la *præfectura morum ;* car c'est maintenant le præfectus morum qui exerce les fonctions des anciens censeurs. En cette qualité l'empereur a le droit de créer et d'éliminer les sénateurs [14].

[11] Hugo, *R. G.*, page 274 (XI[e] édit.). Nous trouvons quelque chose d'analogue dans Cic. *adv. Rullum*, III, 2. « ... Omnium legum iniquissimam dissi- « millimamque legis esse arbitror eam, quam L. Flaccus, interrex, de Sulla « tulit, UT OMNIA, QUÆCUNQUE ILLE FECISSET, ESSENT RATA. »

[12] Dion Cassius, LIII, 17.

[13] Dion Cassius, LIII, 17. 32. Voy. ci-après § 57.

[14] Dion Cassius, LIV, 10. 30. — Pline, *Paneg.*, 45.

4. Le pontificat. L'empereur est toujours de plein droit grand pontife, partant chef religieux de l'État [15].

5. Mais ce qui rend son pouvoir réellement illimité, c'est la puissance tribunitienne, qui lui permet de tout faire par suite de l'inviolabilité dont elle le couvre. En outre, elle lui donne le droit d'annuler, au moyen du veto, toute décision des autres magistrats, et même du sénat [16].

Comme magistrat, l'empereur a le droit de publier des ordonnances (*edicta*) qui ont force obligatoire pour la durée de la magistrature, c'est-à-dire durant sa vie [17]. On conçoit aisément que ces édits aient dû acquérir à la longue la même valeur que les lois et les sénatus-consultes, puisque les mêmes raisons qui assuraient aux édits des préteurs une si grande autorité militent en faveur des ordonnances impériales. Aussi ce point est-il incontestable vers le milieu du second siècle de l'ère chrétienne [18]. Cependant il paraît que pendant longtemps les empereurs ne s'érigèrent pas, à proprement parler, en législateurs, et qu'ils se bornèrent à publier des ordonnances pour des cas déterminés (voyez ci-après § 63).

Le 1er janvier de chaque année, le sénat, le peuple et les légions prêtaient serment de fidélité à l'empereur [19]. A partir du second siècle, nous trouvons parfois deux ou plusieurs empereurs sur le trône, soit qu'ils règnent ensemble, soit qu'ils aient partagé l'administration [20]. Souvent aussi l'empereur régnant choisissait d'avance son successeur, ordinairement au moyen de l'adoption, et lui donnait une partie de l'administration après lui avoir fait conférer la puissance tribunitienne (*Augustus et Cæsar*) [21].

[15] Dion Cassius, LIII, 17. LIV, 27. — Suétone, *Octav.*, 31.

[16] Dion Cassius, LIII, 17.— Tacite, *Ann.*, III, 56. « Ne regis aut dictatoris nomen adsumeret, ac tamen appellatione aliqua cetera imperia præmineret. » — Vopisc., *Tacite*, 1.

[17] Dion Cassius, LII, 15. LIV, 10. LVI, 28.

[18] Gaius, I, 5. « Constitutio principis est quod imperator decreto, vel edicto, vel epistola constituit : nec unquam dubitatum est, quin id legis vicem obtineat, quum ipse imperator per legem imperium accipiat. » — Fr. 2, § 11, D., *de orig. jur.* (1, 2). — Fr. 1, D., *de constit. princ.* (1, 4).

[19] Dion Cassius, XLVII, 18. LI, 20. LIII, 28. LVII, 8. LVIII, 17. LX, 10. 15. — Suétone, *Galba*, 16.

[20] M. Aurèle régna avec L. Vérus et plus tard avec Commodus. — Septime Sévère eut pour corégent son fils Antoninus Caracalla, lequel régna plus tard avec son frère Géta. — Ces exemples furent suivis de beaucoup d'autres. Dioclétien fut le premier qui partagea l'empire avec ses corégents.

[21] Auguste déjà avait adopté Tibère; mais Marc-Aurèle fut le premier qui prit son fils (adoptif) pour corégent.

§ 50. *Le peuple et le sénat.*

Le pouvoir législatif du peuple disparait de plus en plus. De temps en temps on assemble encore les comices des tribus et des centuries pour faire voter sur des propositions du sénat ou de l'empereur [22]. Les citoyens n'ont plus besoin d'y assister en personne; Auguste leur permit de voter par bulletin écrit [23]. L'élection des magistrats est transférée au sénat, à l'exception de celle des consuls que l'empereur s'est réservée [24]. Outre cette attribution, le sénat avait originairement le droit de nommer l'empereur futur [25], et de juger indirectement l'empereur défunt en ratifiant ou en annulant ses actes [26]. Un moyen assez ordinaire de les reconnaitre était de placer l'empereur mort, ou même vivant, au rang des dieux (*apothéose*) [27].

Le sénat avait également l'administration des finances (*ærarium*) [28], et des provinces qui n'étaient pas réservées à l'empereur (voyez ci-après § 57).

Enfin l'empereur lui attribua la juridiction criminelle que les comices des centuries avaient exercée sous la république, du moins en ce qui concernait les crimes contre l'État et la personne de l'empereur, ainsi que les crimes de concussion des fonctionnaires provinciaux et les accusations capitales portées contre les sénateurs [29]. A l'aide de cet artifice, l'empereur pouvait impunément immoler tous les hommes influents qui lui donnaient de l'ombrage. Encore, tout en sacrifiant des citoyens à sa vengeance ou à sa cupidité, avait-il l'air d'exécuter les arrêts de la justice. Et il était toujours sûr d'obtenir la condamnation qu'il demandait; car plus le pouvoir impérial augmenta, plus le sénat s'affaiblit. Une des causes principales de cette décadence était le droit qu'avaient les

[22] Tite-Live, XLI, 13. — Dion Cassius, LVIII, 20. — Pline, *Panegyr.*, 63. 64.

[23] Suétone, *Octav.*, 46.

[24] Tacite, *Ann.*, I, 15. — Vell. Pat., II, 124.

[25] Dion Cassius, LIX, 1. LX, 1. — Vopisc., *Tacite*, 2. 9. 12.

[26] Dion Cassius, XLVII, 18. LIX, 9. LX, 4. LXXVIII, 9.

[27] Les exemples d'apothéose sont trop nombreux et trop connus pour qu'il soit nécessaire de citer des auteurs. C'est à propos de l'apothéose de l'empereur Claude que Sénèque écrivit l'ouvrage connu sous le nom d'*Apocolocynthose*.

[28] Dion Cassius, LIII, 16. 22.

[29] Dion Cassius, LII, 31. 32. LIII, 15. LVII, 15. 17. 22. LX, 16. 25.

empereurs, en leur qualité de præfecti morum, de nommer et de révoquer les sénateurs selon leur bon plaisir [30].

Auguste réduisit le nombre des sénateurs à six cents membres, âgés d'au moins vingt-cinq ans, et possédant une fortune de douze cent mille sesterces.

§ 51. *Les magistrats.*

La plupart des anciennes magistratures subsistent sous les empereurs. Quelques-unes disparaissent à partir du troisième siècle.

Le *consulat* est toujours la première dignité. Les consuls continuent de jouir des plus grands honneurs, mais ils n'ont plus aucun pouvoir. Leurs fonctions se bornent à présider le sénat, et à exercer une juridiction peu étendue [31]. Pour rendre cette dignité accessible à beaucoup de monde, Auguste avait pris l'habitude de nommer des consuls de deux mois en deux mois. Les noms du premier couple servaient comme autrefois à désigner l'année; les autres s'appelaient *Consules suffecti* [32]. Très-souvent les empereurs se firent conférer à eux-mêmes la dignité consulaire.

Le pouvoir des *censeurs* passa à l'empereur en sa qualité de præfectus morum [33]. La dignité subsista jusqu'au second siècle. Les *édiles* disparaissent quelque temps après.

La charge des *tribuns* ne fut pas abolie; mais leur pouvoir tout entier passa à l'empereur. Les magistrats auxquels le titre de tribun était conféré n'étaient que des instruments dont l'empereur se servait quand il voulait s'opposer à un décret du sénat [34].

Les *questeurs* avaient l'administration du trésor de l'État (*ærarium*), et en général des finances dans les provinces du sénat. Ils durent par la suite céder le trésor aux præfecti ærarii, nouveaux fonctionnaires institués par Auguste. Claude le leur rendit, mais Trajan l'attribua de nouveau exclusivement aux préfets. Depuis nous ne trouvons plus de questeurs que dans les provinces [35].

[30] Dion Cassius, LIII, 17.

[31] Tacite, *Ann.*, XIII, 4.—Dion Cassius, LXIX, 7.—Fr. 3. 4, D., *de adopt.* (1, 7). — Fr. un., D., *de off. cons.* (1, 10).

[32] Dion Cassius, XLIII, 46. XLVIII, 35.

[33] Dion Cassius, LIII, 18.

[34] Tacite, *Ann.*, XVI, 26. *Hist.*, II, 91. IV, 9. — L'empereur avait bien la puissance tribunitienne, mais il ne pouvait être tribun de la plèbe, parce qu'il était de plein droit patricien. Dion Cass., LIII, 17. 32.

[35] Dion Cassius, LIII, 2. 32. LX, 4. 10. 24. — Suétone, *Claude*, 24.

Les empereurs créèrent encore des quæstores, appelés *candidati principis*, chargés de transmettre au sénat les communications de l'empereur [36].

De toutes les magistratures ce fut encore la *préture* qui conserva le plus d'importance. Le nombre des préteurs fut fixé par Auguste à douze; Tibère le porta à seize. On ajouta des prétures spéciales et permanentes pour les fidéicommis, pour les tutelles et pour les procès du fisc [37]. Les attributions de la préture restèrent les mêmes; cependant elle ne put échapper non plus aux empiétements du pouvoir impérial et des fonctionnaires de l'empereur (v. note 41).

En général, toutes les anciennes magistratures finirent par devenir de simples distinctions honorifiques, que les empereurs employèrent comme moyen de s'attacher des hommes puissants, et souvent aussi dans le but de les ruiner. Car on eut soin de mettre à la charge des consuls, des préteurs et des questeurs les frais considérables des jeux publics. Le pouvoir réel fut transféré à de nouveaux fonctionnaires créés par l'empereur.

§ 52. *Les fonctionnaires impériaux.*

Le premier de ces fonctionnaires est le *gouverneur de la ville*, *præfectus urbi* [38]. Cette fonction avait été créée par suite des guerres civiles, pour maintenir la sûreté et la police de la ville [39]. On avait confié à ce préfet la juridiction criminelle à Rome et dans les cent milles à l'entour avec le droit d'infliger des peines jusqu'à la déportation [40]. Bientôt il obtint également une juridiction civile, et vers la fin de notre époque nous le voyons former une instance d'appel pour les autres magistrats de la ville, y compris le préteur [41].

[36] Pline, *Epist.*, VII, 16. — Lamprid., *Alex. Sev.*, 43. — Fr. 1, § 2. 4, D., *de off. quæst.* (1, 13). — Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 28.

[37] Dion Cassius, LX, 10. — Suétone, *Claude*, 23. — Capitolin, *M. Anton.*, 10. — Fr. 2, § 32, D., *de orig. juris* (1, 2).

[38] Voyez en général Titt., D., *de officio præfecti urbi* (1, 12), C., *eod.* (1, 28).

[39] Dion Cassius, XLIII, 29. 48. XLIX, 16. XLII, 11.—Velleius Paterc., II, 88. — Tacite, *Ann.*, VII, 11. 12.

[40] Dion Cassius, LII, 21. — Fr. 3, § 1, D., *de off. præf. vigilum* (1, 15). — Fr. 6, § 1, D., *de interd. et releg.* (48, 22).

[41] (Paulus), Fr. 38, D., *de minoribus* (4, 4). « ... Pupilla in integrum restitui desiderabat; victa tam apud prætorem, quam apud præfectum urbi provocaverat (ad imperatorem). » — Voyez encore L., 17. C., *de appellat.* (7, 62). — Dion Cassius, LII, 21. 33. —Vopisc., *Florian.*, 5. 6.

Le *préfet du prétoire* (*præfectus Prætorio*) n'était dans le principe que le chef de la garde impériale[42]. Mais à mesure que le despotisme militaire se développe, cette fonction gagne de l'importance, et celui qui la remplit est considéré comme le premier personnage de l'État après l'empereur. Il prend part à toutes les mesures politiques, et concourt aux jugements des procès qui sont soumis à l'empereur [43]. Nous trouvons même que les contestations qui viennent du dehors de la ville sont portées d'abord devant son tribunal avant que les parties ne prennent leur recours au souverain [44]. Aussi c'est à partir de cette époque que plusieurs jurisconsultes distingués remplissent les fonctions de préfets du prétoire [45]. Severus Alexander leur accorda même le droit de statuer par voie de disposition générale, de sorte que leurs arrêts pouvaient faire loi [46].

Le *præfectus vigilum* est le chef des veilleurs de nuit chargés de prévenir les vols et les incendies. Il a la juridiction des crimes et délits y relatifs [47].

Le *præfectus annonæ* surveille les approvisionnements de Rome, et en général la police des vivres. Il juge également les délits qui s'y rapportent [48].

Des *præfecti ærarii* ont l'administration du trésor et une certaine juridiction dans les affaires fiscales [49].

Les magistratures avaient toujours été gratuites. Auguste crut d'une sage politique d'accorder un salaire aux agents comptables. Par la suite tous les fonctionnaires obtinrent des traitements fixes[50].

De tout temps les magistrats avaient eu l'habitude de s'entourer

[42] Dion Cassius, LII, 24. LV, 10. — Joannes Lydus, *de magistr.*, II, 6. 13. — Le nombre de ces préfets varie de un à quatre.

[43] Dion Cassius, LXII, 9. LXXV, 15. — Joannes Lydus, *de magistr.*, I, 14.

[44] Dion Cassius, LII, 3. — Hérodien, VII, 6. — Fr. 40, D., *de rebus creditis* (12, 1).

[45] Tarruntenus Paternus sous Commode, Papinien sous Septime Sévère, Paul et Ulpien sous Alexandre Sévère.

[46] L. 2, C., *de off. præf. prætorio* (1, 26). « Formam a præfecto prætorio datam, etsi generalis sit, minime legibus vel constitutionibus contrariam, si nihil postea ex auctoritate mea innovatum est servari æquum est. » (236.) — Voyez en général Titt., D., *de off. præf. præt.* (1, 11), C., *eod.* (1, 26, 27).

[47] Dion Cassius, LII, 24. 33. LV, 26. — Titt. D., *de off. præf. vigil.* (1, 15), C., *eod.* (1, 45).

[48] Tacite, *Ann.*, I, 7. XI, 31. — Dion Cass., LII, 24. 33. — Fr. 2, § 33, D., *de orig. jur.* (1, 2). — Fr. 1, § 18, D., *de exercit. act.* (14, 1). — Fr. 8, D., *quod cum eo* (14, 5). — Fr. 13, D., *de accusat.* (48, 2).

[49] Voyez note 35 et Walter, page 298, note 65. 66.

[50] Dion Cassius, LII, 25. LIII, 15. — V. ci-après § 73.

de citoyens éclairés qu'ils consultaient sur les affaires qui se présentaient. De préférence ils choisissaient à cet effet des jurisconsultes. Ce qui d'abord avait été loisible finit par devenir un usage constant; et depuis le troisième siècle il se forme auprès de tous les magistrats ou fonctionnaires impériaux un conseil permanent et salarié avec voix consultative (*consilium adsessorum*) [51].

Le prince lui-même avait un pareil conseil, que l'empereur Adrien organisa d'une manière régulière sous la présidence du préfet du prétoire [52]. Le même empereur établit une chancellerie impériale qu'il divisa en trois départements ou bureaux [53].

ÉTAT DES PERSONNES.

§ 53.

L'ancienne division en *cives, Latini, peregrini*, subsiste encore longtemps. Mais nous trouvons une restriction apportée aux abus résultant de la facilité avec laquelle les esclaves affranchis acquéraient le droit de cité.

La loi Ælia Sentia, sous Auguste (755), statua que les esclaves de mauvaise conduite n'obtiendraient plus par l'affranchissement le droit de cité, mais seraient simplement regardés comme hommes libres. Encore leur assignait-elle dans cette catégorie la condition la plus défavorable, en les assimilant aux habitants des provinces soumises par les armes (*peregrini dedititii*) [54].

Par contre, une autre loi favorisa les affranchis qui ne tombaient pas sous l'application de la loi précédente. Anciennement les esclaves affranchis sans l'observation des formalités prescrites, bien que protégés dans leur nouvel état par le préteur, n'acquéraient cependant pas , d'après la rigueur du droit, la liberté civile [55]. La

[51] AULU-GELLE, XII, 13. — Titt., D., *de off. adsessorum* (1, 22), C., *eod.* (1, 51).

[52] DION CASSIUS, LII, 33. LIII, 21. — Fr. 17; D., *de jure patronatus* (37, 14).

[53] Officia ou scrinia (bureaux) ab epistolis, a libellis et a memoria. SPARTIAN. *Hadrian.*, 22. — AUREL. VICTOR, *Epit.*, 29. — LAMPRID., *Sever. Alex.*, 31.

[54] La loi Ælia Sentia contient encore d'autres dispositions tendantes à prévevir l'abus des affranchissements. (HEINECCIUS, *Ant. Rom.*, I, 6.) Les mêmes tendances ont présidé à la rédaction de la loi Furia Caninia. Voyez en général sur ces deux lois DENYS D'HAL., IV, 24. — SUÉTONE, *Octave*, 40. — DION CASSIUS, IV, 13. — GAIUS, I, 13. 15. 25. 27. 42. 46. II, 228. — ULPIEN, I, 10. 25. — Titt., I, 1. 6. 7. D., 40, 9. C., 7, 3. 11.

[55] « Non esse liberos, sed domini voluntate in libertate morari. » DOSITH., *de manum.*, § 4 (6). — SÉNÈQUE, *de vita beata*, 24. — GAIUS, III, 56.

loi Junia Norbana, portée sous Tibère (770), leur accorda non-seulement la liberté, mais encore le *jus Latii* [56]. Ces nouveaux Latins, qu'on appelle *Latini Juniani*, différaient cependant des autres Latins sous quelques rapports; leurs enfants seulement avaient tous les droits de Latins nés libres [57].

En général, l'acquisition des droits civils est rendue de plus en plus aisée. Le droit de cité s'acquiert facilement par un rescrit du prince, et les Latins l'obtiennent en prenant du service dans l'armée romaine, en faisant le commerce des grains, et de différentes autres manières [58].

Enfin l'empereur Antoninus Caracalla accorda le droit de cité à tous les sujets libres de l'empire [59]. Mais cette constitution n'abolit point les qualités de Latin et d'étranger; elle ne statua que relativement à ce qui existait au temps de sa publication. Il se pouvait donc qu'il y eût encore, après Caracalla, des *Latini*, savoir, ceux qui le devenaient par suite de la loi Julia Norbana, et des *peregrini*, savoir, ceux qui tombaient sous les dispositions de la loi Ælia Sentia ou ceux qui perdaient le droit de cité, par une condamnation criminelle [60], ou enfin les habitants des provinces soumises postérieurement à cette ordonnance, et les mercenaires barbares servant dans les armées romaines [61].

En prenant cette décision, Caracalla n'était point guidé par des idées libérales, mais uniquement par des motifs d'avidité. Par ce moyen il soumit tous les sujets de l'empire à l'impôt sur les successions (*vicesima hæreditatum*, cinq pour cent), qui ne frappait que les citoyens [62].

Cette mesure fiscale ne laissa pas que d'exercer une certaine influence sur le développement du droit. D'un côté les lois romaines sur l'état des personnes et les droits qui en résultent reçurent une

[56] Gaius, I, 16. 17. 22. III, 56. — Ulpien, I, 10. 16. — Dosith., *de manumiss.*, § 8. 11. 16.

[57] Paul, *S. R.*, IV, 9. 8.

[58] Ulpien, au titre *de Latinis*, III, 1. 8, et VII, 4.—Gaius, I, 28. 35. 67. 73. III, 72. 73.

[59] Dion Cassius, LXXVII, 9. — Fr. 17, D., *de statu homin.* (1, 5).

[60] P. ex. Suétone, *Claude*, 16. — Fr. 10, § 6, D., *de in jus vocando* (2, 4).

[61] Haubold., *Progr.* « Ex constitutione imperatoris Antonini quomodo, qui in orbe romano essent, cives romani effecti essent. 1819. » — D'autres essais d'expliquer l'application de cette loi se trouvent dans les *Antiq.* de Heineccius, I, 4. 16.

[62] Caracalla porta même cet impôt à dix pour cent (*decima*). Mais son successeur Macrin rétablit la vicesima. (Voyez ci-après note 65.)

application plus étendue ; d'un autre côté, par une réaction naturelle, les idées exclusives du droit romain s'affaiblirent et subirent de plus en plus l'influence du jus gentium.

Administration de l'empire.

§ 54. *Des finances en général.*

Auguste établit à côté de l'ancien trésor une caisse militaire et la cassette particulière de l'empereur (*fiscus*).

Les recettes dont se composait *l'ærarium populi* restèrent en général les mêmes que dans l'époque précédente ; mais les revenus provenant des provinces subirent une grande diminution par suite du nouveau mode d'administration d'après lequel les contrées les plus riches étaient réservées à l'empereur (voyez ci-après § 57). De nouvelles contributions indirectes sur les vivres, sur l'administration de la justice, sur le métier des femmes publiques, etc., furent inventées [63]. Les successions que l'héritier ne pouvait ou ne voulait recueillir (*caduca*) formaient encore une source assez considérable de revenus. Caracalla les donna au fisc [64]. L'administration de l'ærarium est, depuis Trajan, définitivement confiée à deux præfecti ærarii.

Le revenu principal de *l'ærarium militare* se composait d'un impôt de cinq pour cent établi sur toute succession échue à un citoyen romain. Cet impôt, créé par Octavien, fut porté à dix pour cent par Caracalla. Macrin rétablit la vicesima [65]. Cette caisse recevait en outre des droits sur les ventes publiques, et une quote part du prix des esclaves vendus [66].

Le *fiscus* se grossissait des revenus des provinces dont l'adminis-

[63] Tout le monde connaît le bon mot de Vespasien à propos de l'impôt sur l'urine. Suétone, *Vespas.*, 23. — Tzetzes, *chil.* 1.

[64] Tacite, *Ann.*, III, 25. 28. — Gaius, II, 286. — Ulp., I, 21. XVII, 2. — *Fragm. de jure fisci*, § 3.

[65] Dion Cassius, LV, 25. LVI, 28. LXXVII, 9. LXXVIII, 12.—*Coll. leg. Mos.*, XVI, 9. — Cet impôt avait disparu du temps de Justinien, l. 3, C., *de edicto divi Hadriani toll.* (6. 33). — Le grand financier Caracalla doubla également l'ancienne vicesima manumissionum (v. § 34). Macrin la rétablit. Dion Cass., LXXVII, 9. LXXVIII, 12.

[66] Vectigal rerum venalium et quinquagesima (plus tard 1/25) venalium mancipiorum. — Dion Cassius, LV, 31. LVIII, 16. LIX, 9. — Tacite, *Ann.*, XII, 31. — Fr. 17, § 11, D., *de verb. signif.* (50, 16).

tration était réservée à l'empereur, des cadeaux offerts par les villes, des amendes pour les contraventions de douanes, des biens vacants et des successions que des particuliers lui léguaient [67]. Caracalla y ajouta encore les caduca. Les biens des condamnés (*bona damnatorum*) étaient à la disposition de l'empereur qui les assignait à volonté à l'une des trois caisses [68].

Quand les empereurs se furent emparés de l'administration des deux æraria, la différence entre ces trois caisses devint illusoire, et finit par se perdre entièrement. Le fisc les absorba toutes [69].

§ 55. *Administration de Rome.*

Nous n'avons plus à traiter ici que de l'administration de la justice, qui subit des changements notables.

D'abord, depuis Octavien le peuple n'intervient plus dans les jugements criminels. Toutes les accusations de lèse-majesté et de trahison, ainsi que de malversation de la part des fonctionnaires, sont portées devant le sénat, qui connait de même des accusations capitales dirigées contre les sénateurs [70]. Il parait également que le tribunal des centumvirs eut compétence et juridiction à l'égard de certains délits [71]. L'empereur lui-même évoque aussi beaucoup d'affaires criminelles ou les soumet à la juridiction du sénat [72].

Les tribunaux permanents pour certains crimes déterminés, dont le nombre avait été considérablement augmenté vers la fin de la république, subsistèrent encore quelque temps, mais ils finirent par disparaitre [73]. La jurisprudence et les ordonnances impériales créèrent beaucoup de crimes nouveaux ; et en général les fonctionnaires étaient chargés de poursuivre *extra ordinem* tout fait qui leur paraitrait punissable [74]. Vers la fin du second siècle, le

[67] 1) Voyez § 57, note 98.— 2) Pline, *H. N.*, XXXIII, 16 (3).— Dion Cassius, LXXVII, 9. — 3) *Fragm. de jure fisci*, § 18.— Fr. 16, § 10, D., *de publicanis* (39, 4).— 4) Tacite, *Ann.*, II, 48.— Fr. 96, § 1, D., *de legatis* (I 30).— Fr. 6, § 3, D., *ad Sc. Trebell.* (36, 1).— 5) Fr. 1, § 2. Fr. 2, D., *de off. procur. Cæs.* (1, 19).

[68] Dion Cassius, LV, 32. — Tacite, *Ann.*, VI, 2.

[69] Dion Cassius, LIII, 22. —Vopisc., *Aurel.*, 9. 12. 20.

[70] Dion Cassius, LII, 31. 32. LVI, 40. — Tacite, *Ann.*, III, 66-70. IV, 15. XV, 20.

[71] Dion. Cass., LVI, 40.— Phèdre, *Fab.*, III, 10.— Boeckh, *Inscript. græc.*, T. I, n. 1133, 1327.

[72] Suétone, *Claude*, 14. 15. *Néron*, 15. *Domit.*, 8. — Dion Cass., LIX, 18. LX, 4. LXIX, 7. LXXI, 6. LXXVII, 17.

[73] Tacite, *Ann.*, VI, 16. —Fr. 8, D., *de publ. judiciis* (48, 1). —Fr. 1, § 3, D., *de pœnis* (48, 19).

[74] Fr. 1, § 3. Fr. 13, D., *de pœnis* (48, 19).

préfet de la ville eut même la juridiction générale de tous les crimes commis à Rome et dans les cent milles à l'entour [75].

Déjà sous la république on avait dans des cas exceptionnels promis des récompenses à celui qui dénoncerait un crime; mais sous l'empire la délation finit par devenir un métier, dont l'exercice fut tantôt encouragé, tantôt restreint, jusqu'à ce que, vers la fin de notre époque, on en fit une fonction publique [76].

Le système pénal devient très-sévère, et se distingue surtout par une tendance fiscale. La peine de mort est fréquente, mais on applique plus souvent la relégation et la déportation, dont la dernière entraine la perte des droits civils [77]. Les esclaves peuvent être condamnés aux mines de même que les gens de basse extraction qui alors deviennent esclaves [78]. Toutes les peines capitales emportent confiscation des biens [79]. L'emprisonnement n'est guère usité [80].

Le préteur conserva longtemps encore la haute direction du pouvoir judiciaire dans les affaires civiles. Cependant l'étendue de ses fonctions fut restreinte d'abord par les consuls, qui reprirent en partie leur ancienne juridiction [81], et surtout par l'autorité toujours croissante des nouveaux fonctionnaires, particulièrement du préfet de la ville [82]. Mais ce qui diminua le plus l'importance des fonctions de préteur, ce fut le droit qu'avait l'empereur, en sa qualité de premier magistrat, de réformer les jugements prononcés par les autres magistrats. Cet *appel* au prince n'était originairement autre chose qu'une demande de vouloir bien user du droit d'intercession, qui de tout temps avait appartenu à tout magistrat pair ou plus élevé, et particulièrement aux tribuns [83]. Les empereurs

[75] Dion Cassius, LII, 21.

[76] Tite-Live, XXXIX, 14. 18. — Dion Cassius, LV, 27. — Tacite, *passim*. — Une loi Remnia sous la république porta des peines contre l'accusateur calomnieux. Cic., *pro Roscio Amer.*, 19. Le sénatus-consulte Turpillien sous Néron imposa à l'accusateur des cautions et le menaça de peines très-sévères pour le cas où il ne donnerait pas suite à son accusation. Tit., D., *ad Sc. Turpillianum* (48, 16).

[77] Gaius, I, 128. — Fr. 2, § 1, D., *de pœnis* (48, 19). — Il en était de même de la condamnation aux travaux forcés à perpétuité. Fr. 17, § 1. Fr. 28, § 6, D., *eod.*

[78] Fr. 8, § 4. 5. 6. Fr. 28, pr. D., *de pœnis* (48, 19).

[79] Tite-Live, III, 58. — Tacite, *Ann.*, III, 68. IV, 20. — Fr. 8, §§ 1, 2, D., *qui testam.* (28, 1). — L. 1, C., *de pœnis* (9, 47).

[80] Fr. 28, § 14. Fr. 35, D., *de pœnis* (48, 19). — L. 6, C., *eod.* (9, 47).

[81] Tit., D., *de off. cons.* (1, 10). — Gaius, II, 278. — Dion Cass., LX, 4.

[82] Tit., D., *de off. præf. urbi* (1, 12). — Fr. 1, § 2, D., *de obseq. parent.* (37, 15).

[83] Voyez ci-dessus, § 27, notes 26 et 29. — Il est à remarquer que sous la république le mot « appellare » n'est usité que lorsqu'il s'agit d'un appel à la protection des tribuns.

ne tardèrent pas à régler l'exercice de ce privilége; ils le déléguèrent même à leurs fonctionnaires. Ainsi nous trouvons que déjà avant la fin de notre époque, le préfet de la ville forme une instance d'appel pour les décisions de tous les autres magistrats de la ville (voyez note 41). En tout cas, un dernier recours à l'empereur restait ouvert; car, en général, d'un juge délégué on pouvait appeler à celui qui l'avait délégué [84].

Cette nouvelle institution des appellations ne fut pas sans exercer une certaine influence sur la procédure en général. Dans la procédure ordinaire, l'examen de la question de droit était séparé de l'examen du fait; l'un se faisait par le magistrat, l'autre était abandonné au juge (voyez § 35). L'empereur, au contraire, jugeant en appel, s'occupait des deux questions à la fois. Ce mode de juger fut bientôt suivi par les juges que le prince avait institués, et devint de plus en plus fréquent, surtout dans les cas nouveaux qui n'étaient prévus que par des dispositions récentes [85]; de sorte que le nombre des *extraordinariæ cognitiones*, c'est-à-dire des procès dans lesquels le magistrat, en s'écartant de l'ancienne organisation, jugeait l'affaire entière, augmenta de jour en jour [86].

§ 56. *Administration de l'Italie et des villes libres.*

Les villes libres de l'empire n'échappèrent pas plus que Rome à l'influence de l'autocratie des empereurs. C'est surtout sur les changements opérés dans l'organisation de l'Italie que nous trouvons des renseignements précis.

Au commencement de l'empire, les priviléges de ce pays furent encore respectés pendant quelque temps. Mais à partir d'Adrien le dessein d'en assimiler l'administration à celle des provinces se manifeste clairement. Cet empereur divisa l'Italie entière, à l'exception de Rome, en quatre districts, dont il confia le gouvernement à des *consulaires*, que Marc-Aurèle remplaça par de simples juges (*juridici*) [87]. Enfin Macrin fit administrer ces districts comme les provinces par des *correctores* ou *præsides* [88]. Ces changements

[84] Dion Cassius, LI, 19. LII, 33. LIX, 8. — Fr. 38, D., *de minor.* (4, 4).

[85] Fr. 7, D., *de lege Corn. de falsis* (48, 10). « ... Cum ne quidem omnino « jure civili, neque jure prætorio, neque extra ordinem computantur, præter- « quam quod favorabiliter Divi Marcus et Commodus rescripserunt... »

[86] Tit., D., *de extraord. cognit.* (50, 13).

[87] Appien, *de bello civ.*, I, 38. — Spartien, *Hadrien*, 22. — Capitolin, *Antonin. Pius*, 2. *M. Antonin.*, 11.

[88] Dion Cassius, LXXVIII, 22.

eurent nécessairement pour effet de diminuer l'autorité des magistrats municipaux. La juridiction des *duumviri*, etc., *juri dicundo*, fut bornée à des sommes déterminées [89], et on ne leur permit pas de faire les actes judiciaires, qui émanaient plutôt du pouvoir exécutif que de la juridiction [90]. L'appel de leurs décisions était porté devant le préteur ou le præses [91]. Ils n'eurent plus de juridiction criminelle. Elle fut exercée par le préfet de la ville dans les cent milles à l'entour de Rome, et par les correctores dans les parties plus éloignées [92]. L'ordre des décurions subsiste toujours; et, comme à Rome une partie du pouvoir législatif passe du peuple au sénat, de même la curie dans les autres villes remplace les assemblées des bourgeois. De cette manière, il se forme insensiblement une noblesse municipale, et l'on s'habitue à opposer les familles des décurions aux autres habitants, appelés *plebeji* ou *humiliores* [93].

L'Italie conserva les droits que, dans l'époque précédente, nous avons indiqués comme formant l'élément constitutif du *jus italicum*. Son territoire jouit du privilége de la propriété romaine, et partant est exempt de l'impôt foncier, auquel les provinces sont assujetties [94]. Cette faveur est souvent accordée à des villes provinciales, (*coloniæ*, *civitates juris italici*) [95].

Sous les empereurs certains droits personnels sont même assurés aux habitants des villes qui jouissent du jus italicum. Ainsi, quand on eut commencé à accorder des priviléges aux époux qui avaient des enfants légitimes (*jus liberorum*), on exigeait cinq en-

[89] Exceptionnellement il y avait des juridici ab infinito. Gruter, *inscript.*, p. 1090, n. 13. (Voyez de Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, traduite par Mr Guenoux, t. I, p. 31.) — Au reste, les parties pouvaient proroger la juridiction des magistrats municipaux. Fr. 28, D., *ad municip.* (50, 1). — Paul, *S. R.* V, 5. 1. — (Voyez de Savigny, page 34.)

[90] « Ea, quæ magis imperii sunt, quam jurisdictionis, magistratus municipa- « lis facere non potest. » Fr. 26, D., *ad municip.* (50, 1). Ainsi il ne peut pas envoyer en possession, ni restituer en entier; il n'a pas même le droit d'accorder une in factum actio. (Voyez § 43, note 55.) Fr. 26, D., *cité.* — Fr. 4, D., *de jurisd.* (2, 1). — Fr. 1. 4, §§ 3. 4, D., *de damno inf.* (39, 3). — Paul, II, 25. 4. — L. 4, C., *de vind. libert.* (7, 1).

[91] *Vaticana fragm.*, 232. — Fr. 4, § 3. 4, D., *de damno inf.* (39, 3).

[92] *Collat. legum Mosaic. et Rom.*, XIV, 3. — Fr. 12, D., *de jurisdict.* (2, 1).

[93] Fr. 11, D., *de jurisd.* (2, 1). — Fr. 2, § 3. Fr. 7, D., *de decurionibus* (50, 2).

[94] Aggenus (Simplic.), ed. Goes., p. 76. « Per Italiam, ubi nullus (agrorum) tributarius est. » — Fr. 8, pr. §§ 5. 7, D., *de censibus* (50. 15).

[95] Pline, *Hist. nat.*, III, 4. 25. (3, 21). — Tit., D., *de censibus* (50, 15). Voyez ci-après, § 75.

fants dans les provinces, tandis que le nombre de trois ou quatre suffisait en Italie et dans les villes qui avaient le jus italicum pour assurer cet avantage [96].

§ 57. *Administration des provinces* [97].

Depuis Auguste, on distingue deux catégories de provinces; l'une comprenant les provinces du peuple dont l'administration est confiée au sénat, l'autre soumise au gouvernement direct du prince (*provinciæ Cæsaris*). Ces dernières étaient en général les plus importantes et celles qui étaient le plus exposées aux invasions des Barbares [98].

Le sénat envoyait dans ses provinces des consulaires ou des ex-préteurs, ordinairement appelés *proconsules,* qui s'adjoignaient des lieutenants (*legati*). Les finances étaient administrées par des *questeurs.* Dans les provinces de l'empereur, il n'y avait pas de proconsuls; il se réservait cette dignité à lui-même; il n'y envoyait que des lieutenants (*legati Augusti pro prætore*), qui par la suite reçurent le nom de *præsides* ou *correctores* [99]. Les fonctions de trésorier y étaient remplies par un comptable (*rationalis* ou *procurator Cæsaris*), qui était ordinairement un chevalier ou un affranchi de l'empereur [100]. Au reste cette organisation n'est pas partout identiquement la même : quoiqu'une tendance bien prononcée vers l'uniformité se fasse remarquer, nous trouvons encore quelques différences soit dans le mode d'administration, soit dans les titres et les attributions des gouverneurs [1].

Toutes les villes dans les provinces n'étaient pas également sou-

[96] « Si enim tres liberos superstites Romæ quis habeat vel in Italia quatuor, « vel in provinciis quinque, a tutela vel cura possunt excusari. » Pr. I., *de excusat. tutor.* (1, 25). — Voyez aussi *Vatic. fragm.*, 191. 192. 247. — Fr. 3, § 6. Fr. 4, pr. D., *de muner.* (50, 4). — Fr. 8, pr. D., *de vacat.* (50, 5). — L. 1, C., *qui numero* (5, 66). — L. 5. 6, C., *de his qui numero* (10, 51).

[97] Voyez en général Dion Cassius, LIII, 12-15.

[98] Suétone, *Octav.*, 47.

[99] Fr. 1. 20, D., *de off. præsidis* (1, 18).

[100] Gaius, I, 6. — Tit., D., *de off. procur. Cæs.* (1, 19). — Il avait aussi une juridiction fiscale. l. 1-5, C., *ubi causæ fiscales* (3, 26).

[1] Ainsi l'Égypte était administrée par un *præfectus Augustalis,* résidant à Alexandrie, qui relevait directement de l'empereur. Tacite, *Ann.*, II, 59. — Tit., D., *de off. præf. Aug.* (1, 17). —La Judée était soumise à un *procurator* sous les ordres du præses de la Syrie. Tacite, *Ann.*, XII, 54. — Joseph, *Antiq. Jud.*, XVIII, 1. 4.

mises aux præsides. Plusieurs d'entre elles obtinrent des priviléges, qui se rapportaient ordinairement à l'immunité des impôts et à l'organisation municipale. Parmi les villes privilégiées, nous avons à distinguer deux classes. D'abord les municipes, qui jouissaient de l'organisation communale, et dont les habitants avaient le droit de cité romaine [2]; puis les civitates juris italici, dont nous avons parlé au § précédent. Les colonies avaient en général les droits des municipes [3]; mais elles étaient comme autrefois *civium* ou *latinæ*, et leur territoire n'avait le privilége du sol romain, que lorsque le jus italicum lui avait été conféré [4].

Abstraction faite de ces exceptions, le sol provincial n'était point encore susceptible de la propriété romaine. Cependant la condition des possesseurs fut de plus en plus assimilée à celle de véritables propriétaires [5]. Les terres du domaine public (*ager publicus*) furent en grande partie usurpées par des particuliers, et surtout absorbées par les empereurs (*fundi patrimoniales*) [6].

Outre les contributions indirectes, les empereurs conservèrent l'ancien impôt foncier et personnel, qu'ils eurent soin d'asseoir d'une manière plus régulière au moyen d'un cadastre et de rôles personnels, dont le premier établissement remonte au temps d'Auguste [7].

C'est dans l'administration de la justice que l'uniformité, vers laquelle tendaient les efforts des empereurs s'introduisit avec le plus de lenteur. Dans beaucoup de matières on laissa aux indigènes leur droit national [8]; cependant les sénatus-consultes, les constitutions impériales et les édits des gouverneurs finirent par faire prévaloir la législation romaine qui, par contre, ne put se soustraire à l'influence des droits étrangers (*jus gentium*) [9]. Dans les muni-

[2] Tite-Live, *Epit.*, 110. — Dion Cass., XLI, 24. XLIII, 39. LIV, 25.

[3] Aulu-Gelle, XVI, 13. — Eckhel, *Doctrina numorum*. Tom. IV, cap. 25, sect. 5.

[4] Fr. 8, § 5. 7, D., *de censibus* (50, 15).

[5] Voyez ci-après livre II, titre I. — Cf. Gaius, II, 7. 20 et le passage d'Aggenus, cité § 37, note 13.

[6] V. ci-dessus § 34, notes 71 et suiv. — Aggenus, *de controv. agror.*, ed. Goes., p. 72. « Ejusmodi lites non tantum cum privatis hominibus habent (respublicæ), sed et plerumque cum Cæsare, qui in provincia non exiguum possidet. »

[7] *Évangile de St. Luc.*, II, 1. — Cassiodor., *Var.*, 52.

[8] *Évangile de St. Jean*, XIX, 7. — Fr. 34, D., *de legibus* (1, 3).

[9] Pline, *Épîtres*, X, 77. — Gaius, I, 6. 47. — Ulpien, XI, 20. — Voyez aussi §§ 32. 33. 38.

cipes et dans les colonies, les magistrats exerçaient une certaine juridiction civile; dans les autres villes, les contestations étaient jugées par le præses ou par ses délégués. En tout cas, il y avait appel au præses et un dernier recours à l'empereur [10]. La juridiction criminelle était en général réservée aux gouverneurs; mais ils abandonnaient ordinairement aux autorités communales la police judiciaire et l'instruction des affaires [11].

Après l'expiration du temps pour lequel les gouverneurs étaient nommés, ils étaient obligés de se rendre à Rome dans les trois mois, afin qu'il fût possible de les poursuivre devant le sénat du chef de malversations ou de concussions [12].

Différentes dispositions légales avaient pour but d'assurer aux provinces une administration régulière et impartiale. Ainsi personne ne pouvait obtenir un emploi dans la province où il était né [13]; il était défendu aux fonctionnaires de recevoir des cadeaux, de prêter de l'argent à intérêt ou d'acheter des immeubles dans leur province [14], et on n'aimait pas qu'ils emmenassent leurs femmes avec eux ni qu'ils épousassent des provinciales [15].

[10] Dion Cass., LII, 33. — Gaius, I, 6. — Fr. 4-8. 12. 13. 15. D., *de off. procons.* (1, 16). — Fr. 10. 11. D., *de off. præs.* (1, 18).

[11] Dion Cass., LIII, 14. — Fr. 6. 11, D., *de off. procons.* (1, 16). — Fr. 6, § 8, D., *de off. præs.* (1, 18). — Fr. 3, D., *de jurisd.* (2, 1). — Fr. 3. 10, D., *de custodia reor.* (48. 3). — Walter, *Gesch. d. R. R.*, page 336, note 126. — Dans la Judée le collége des prêtres sous la présidence du pontife avait même la juridiction criminelle en matière religieuse, mais leurs jugements avaient besoin d'être confirmés par le procureur impérial. Voyez les *Évangiles de St. Matthieu* (chap. 26. 27), *de St. Marc* (chap. 14. 15), *de St. Luc* (chap. 22. 23). *de St. Jean* (chap. 18. 19).

[12] Dion Cass., LIII, 15. LX, 25. — Tacite, *Ann.*, III, 66. 70. IV, 15. XV, 20.

[13] Dion Cass., LXXI, 31.—Paul, *S. R.* V, 12, 5.—Fr. 3, D., *de off. adsess.* (1, 22). — Tit., C., *ut nulli patriæ suæ* (1, 41).

[14] 1) Fr. 6, § 3, D., *de off. procons.* (1, 16). — 2) Fr. 34, D., *de reb. cred.* (12, 1). — 3) Fr. 62, pr. D., *de contr. empt.* (18, 1). — Fr. 6, in f., D., *de off. procons.* (1, 16).

[15] Tacite, *Ann.*, III, 33. 34. — Fr. 4, § 2, D., *de off. procons.* (1, 16).— Fr. 38. 57, pr. 63, D., *de ritu nupt.* (23, 2). — L. 6, C., *de nupt.* (5, 4).

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 58.

Le droit romain suit, pendant cette époque, la direction que nous avons déjà signalée vers la fin de la république (§ 38). Mais les progrès qu'il fait sont beaucoup plus rapides. L'action de la législation romaine sur les provinces soumises, et la réaction plus forte encore des idées que les Romains trouvaient généralement admises chez tous les peuples, se montrent plus puissantes [16]. La grande mesure de Caracalla, par suite de laquelle tous les sujets de l'empire devinrent citoyens, ne contribua pas peu à hâter la fusion des préceptes sévères du droit romain avec les idées plus larges du jus gentium. Au reste, tout concourait à favoriser ce développement du droit. La disparition de l'aristocratie, et le remplacement de l'ancien pouvoir législatif par la toute-puissance des empereurs, permirent d'introduire franchement des réformes qui auparavant n'auraient pu être obtenues que par voie détournée. Ce qui exerça une plus grande influence encore, ce fut surtout la nouvelle direction imprimée aux esprits par l'indifférence politique qui avait suivi les guerres civiles, et par les modifications que la constitution de la république avait subies. La vie publique n'existe plus; la faveur du peuple ne s'acquiert plus par des discours éloquents prononcés dans le forum; ce sont maintenant les études théoriques qui attirent les hommes les plus distingués. Ainsi se forme cette brillante série de jurisconsultes qui donnèrent une face toute nouvelle au droit de leur nation, et qui, en appelant la philosophie à leur aide pour approfondir les différentes institutions du droit, durent nécessairement se rencontrer dans la plupart des cas avec

[16] Déjà avant la constitution de Caracalla nous trouvons que certaines dispositions de lois étaient applicables aux étrangers. Gaius, I, 47. « In summa « sciendum est, (*quod*) lege Ælia Sextia cautum *est*, *ut qui* creditorum fraudan- « dorum causa manumissi sint, liberi non fiant, hoc etiam ad peregrinos per- « tinere.... » Voyez encore le même, IV, 37.

les idées que l'on aimait à considérer comme une émanation de la raison naturelle, par cela même qu'on les trouvait reçues chez toutes les nations [17]. Aussi ce sont les *prudentes* qui font faire le plus de progrès au droit romain; ils sont puissamment aidés par les empereurs, qui continuent l'œuvre des préteurs, mais dont l'influence devient surtout prédominante dans l'époque suivante. Le pouvoir législatif du peuple disparait bientôt entièrement; le sénat ne conserve son autorité pendant quelque temps que par la tolérance de l'empereur.

LÉGISLATION.

Décrets du peuple (*leges*).

§ 59.

Nous avons montré ailleurs comment le pouvoir législatif du peuple s'évanouit peu à peu. Cependant il est à remarquer qu'Auguste se servit encore des comices pour faire passer plusieurs dispositions très-importantes, surtout pour le droit privé. Ainsi nous trouvons des lois qui donnent une nouvelle organisation aux tribunaux et à la procédure (leges Juliæ *judiciorum publicorum et privatorum*) [18]. Une loi Julia *de adulteriis* punit l'adultère et renferme en outre plusieurs dispositions qui se rapportent au droit privé [19]. D'autres délits sont prévus et punis par les lois Juliæ *de ambitu, majestatis, de peculatu, de vi publica et privata, de fraudata annona* [20]. Une loi Julia *vicesimaria* établit un impôt de cinq pour cent sur toutes les successions qui ne viennent pas d'un proche parent, et prescrit certaines formalités pour l'ouverture des testaments afin de garantir la rentrée de cette contribution [21].

Mais de toutes les lois d'Auguste, la plus remarquable et la plus importante est celle connue sous le nom de loi *Julia et Papia Poppæa*. Cette loi avait pour but principal et ostensible de diminuer le nombre des célibataires et d'augmenter ainsi la population de

[17] § 1, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[18] Gaius, IV, 30. 104. — *Vatic.* Fr. 197. 198.

[19] Parmi ces dernières nous remarquons particulièrement celle qui défend au mari d'aliéner les immeubles que la femme a apportés en dot (fundus dotalis). Paul, II, *S. R.* 21 B, 2. — Voyez Dig., XLVIII, 5.

[20] Titt., D., XLVIII, 14. 4. 13. 6. 7. 12. — Paul, *Sent. Rec.*, V, 30. 29. 27. 26.

[21] Dion Cassius, LV, 25. LXXVII, 9. LXXVIII, 12. — Voyez ci-dessus § 54, note 65.

l'Italie, qui avait tant souffert par les guerres civiles. Des amendes fortes et nombreuses infligées à ceux qui se rendraient coupables de contraventions, assurèrent en même temps au trésor des revenus considérables. Nous ne possédons point le texte de cette loi célèbre qui a exercé une grande influence sur plusieurs parties du droit privé, particulièrement sur le droit héréditaire; mais à l'aide des renseignements contenus dans nos sources de droit, notamment dans Ulpien et Gaius, et grâce aux travaux des savants modernes, parmi lesquels nous distinguons surtout Godefroi, Ramos, Heineccius et Hugo, nous en connaissons aujourd'hui les dispositions principales, dont nous allons donner un résumé succinct [22].

§ 60.

Déjà en 726 (d'après d'autres en 737) Octavien avait cherché à faire passer une loi sur le mariage, mais il n'y réussit qu'en 736 (d'après d'autres 757). Elle fut appelée lex Julia *de maritandis ordinibus*, d'après le premier chapitre qui traitait des mariages des sénateurs [23]. Quelque temps après, Papius Mutilus et Q. Poppæus Secundus, consules suffecti, proposèrent une loi qui, tout en suivant l'impulsion de la loi Julia, en modifiait et étendait plusieurs dispositions et en ajoutait de nouvelles. De là le nom lex Julia et Papia Poppæa [24].

La loi Julia contient d'abord plusieurs dispositions relatives à la faculté de contracter mariage. Elle défend aux sénateurs et à leurs descendants d'épouser des affranchies et des actrices, ainsi que des filles d'acteurs ou d'actrices; elle défend aux filles et petites-filles de sénateurs d'épouser des affranchis et des acteurs, ainsi que des fils d'acteurs ou d'actrices. Les autres citoyens ont plus de latitude dans leur choix, cependant il est interdit aux ingénus d'épouser des

[22] Dans cet exposé, nous suivons en grande partie M. Hugo, *Gesch. des R. R.*, p. 753 et suiv. (de l'éd. XI).—Voyez aussi Jacob. Gothofredus, *Fontes quatuor juris civilis.* — Ramos del Manzano, *Commentarii et Reliquationes ad legem Juliam et Papiam Poppæam.* Cet ouvrage se trouve dans Meermann, *Thesaurus*, tome V, p. 1-550. —J. G. Heineccius, *Commentarius ad legem Juliam et Papiam Poppæam.* Amsterdam, 1726. Leipzig, 1778.

[23] Suétone, *Octav.*, 34. 35. — *Vatic.*, *fr.* 197. — Ce chapitre se trouve Fr. 44, D., *de ritu nupt.* (23, 2).

[24] C'est-à-dire loi composée de deux lois, l'une Julia, l'autre Papia Poppæa. C'est par ce motif qu'elle est souvent appelée « leges. » — Il est assez plaisant de faire observer qu'aucun des deux consuls qui proposèrent cette loi n'avait d'enfants et n'était marié. Dion Cass., LVI, 10.

femmes de mauvaise vie [25]. Abstraction faite de ces restrictions établies dans l'intérêt des mœurs, la loi favorise les mariages sous plusieurs rapports et abolit quelques empêchements, notamment ceux résultant du défaut de tuteur pour les femmes, et du défaut de consentement du père [26]; elle déclare nul le serment de ne pas se marier, ainsi que la condition analogue ajoutée à une libéralité [27]. Elle accorde également certaines distinctions honorifiques aux hommes mariés [28].

Mais ce qui devait davantage engager au mariage, c'étaient les peines dont la loi frappait le *célibat*. Les célibataires étaient en général déclarés incapables de rien recueillir par testament. Ils pouvaient éviter cette peine en se mariant dans les cent jours [29], et l'on accordait aux femmes divorcées ou veuves un délai de six ou de douze mois qui fut prolongé par la loi Papia [30]. Le même effet fut attribué aux fiançailles, pourvu qu'elles fussent suivies de mariage dans les deux ans [31].

La partie Papia Poppæa, tout en renfermant quelques dispositions sur le mariage, s'occupait plus spécialement de l'*orbité*, c'est-à-dire de la condition des personnes qui, étant mariées, n'ont point d'enfants. D'un côté, elle accordait différents priviléges à ceux qui avaient un plus ou moins grand nombre d'enfants [32]; d'un autre

[25] Fr. 44. 47, D., *de ritu nupt.* (23, 2). — Ulpien, XIII, 1. XVI, 4. XIII, 2. « Ceteri autem ingenui, etc. » — C'est probablement à ces défenses qu'est due l'institution légale du concubinage, qui offrait un moyen d'échapper aux peines du célibat en vivant avec une femme que la loi Julia ne permettait pas d'épouser. — Fr. 1. 3. § 1, D., *de concub.* (25, 7). Voyez en général Heineccius, *ad leg. J. et P. P.* L. II, c. 4, page 166.

[26] Fr. 19, D., *de ritu nupt.* (23, 2).

[27] Fr. 31, D., *qui et a quibus manum.* (40, 9).—Fr. 63. 64. 72. § 4. Fr. 74. 79, § 4, D., *de condit. et demonstr.* (35, 1). Une loi Julia *miscella* contenait sur cette dernière matière différentes dispositions que Justinien abolit. L. 2. 3, C., *de indicta viduit.* (6, 40). — *Nov.* 22, c. 43. 44.

[28] Aulu-Gelle, *N. A.*, II, 15.

[29] Ulpien, XVII, 1. XXII, 3. — Gaius, II, 111. 144. 286. —Sozomène, *Hist. eccl.*, I, 9.

[30] Ulpien, XIV. « Feminis lex Julia a morte viri anni tribuit vacationem, a « divortio sex menses; lex autem Papia a morte viri biennium, a repudio an- « num et sex menses. »

[31] Suétone, *Octav.*, 34. — Dion Cassius, LIV, 16. LVI, 7. — Fr. 17, D., *de sponsal.* (23, 1).

[32] Ainsi elle leur donna un droit de préférence pour l'obtention des magistratures et des emplois publics (Tacite, *Ann.*, II, 51. VII, 16); leur permit de refuser une tutelle déférée. (*Vat. fr.* 194. 195. — Fr. 18, D., *de excusat.*,

côté, elle contenait des dispositions pénales contre ceux qui n'en avaient point.

L'orbus en général ne recueille que la moitié de ce qui lui est laissé par testament [33]; tandis que celui qui a des enfants en obtient la totalité [34]. Des dispositions particulières déterminaient les qualités requises pour qu'un part humain pût compter comme enfant [35].

La loi se montre particulièrement sévère à l'égard des libéralités que des époux se feraient entre eux. S'ils n'ont point d'enfants, ils ne peuvent se laisser l'un à l'autre qu'un dixième et en outre l'usufruit d'un tiers de leurs biens. Toutefois il est encore permis au mari de léguer à sa femme la dot qu'elle a apportée en mariage [36]. Si les époux ont plusieurs enfants, les parts qu'ils peuvent se laisser mutuellement augmentent en proportion du nombre des enfants [37].

Plusieurs dispositions de la loi avaient pour but de prévenir les

27, 1); libéra les affranchis des services dus à leurs patrons (Fr. 14. 37. D., *de operis libert.*, 38, 1); facilita l'acquisition du droit de cité (Fr. 134, D., *de verb. sign.*, 50. 16), et accorda en outre différentes distinctions honorifiques. (Aulu-Gelle, *N. A.*, II, 15. — *Vat. fr.* 197.) Les femmes qui avaient trois ou quatre enfants (selon qu'elles étaient ingenuæ ou libertæ) étaient également affranchies de la tutelle, à laquelle les femmes romaines étaient en général soumises. Gaius, I, 194. III, 44.—Ulpien, XXIX, 3.—(Dosith.), *de manumiss.*, § 17 (15).

[33] Gaius, II, 211. 286.

[34] Un enfant suffit au père; mais il parait que la mère qui n'en avait pas plusieurs restait sujette aux restrictions que la loi Voconia avait introduites à l'égard des femmes (voyez ci-après livre V), et qu'elle n'y était soustraite que quand elle avait trois ou quatre enfants. (Paul, *S. R.*, V, 9, 1 : « Matres tam ingenuæ, quam libertinæ cives romanæ, ut jus liberorum consecutæ videantur, ter et quater peperisse sufficiet. » *Ibid.*, 7 : « Libertina... quater eam peperisse sufficit. »)—Le mot « solitarius pater » qui se trouve dans l'inscription du titre XIII d'Ulpien a quelque peu embarrassé les érudits. Généralement on croit qu'il désigne le père qui n'a qu'un enfant. M. Hugo pense qu'il pourrait bien être entendu d'un veuf non remarié et cite comme analogie le vers suivant de Byron : « An only son, left with an ONLY MOTHER.

[35] Ainsi on compte les enfants nés dans l'esclavage (Fr. 9, D., *de captivis et postlim.*, 49, 15), et même les parts monstrueux (Fr. 135. 141, D., *de verb. signif.*, 50, 16); mais non les enfants adoptifs, du moins d'après un sénatusconsulte sous Néron (Tacite, *Ann.*, XV, 19. — Fr. 2, § 2, D., *de vacat.*, 50, 5).

[36] Ulpien, XV, XVI, 1.

[37] On trouve les détails dans Ulpien, *de decimis*, tit. XV; *de solidi capacitate inter virum et uxorem*, tit. XVI. 1.

fraudes, surtout celles qu'on aurait pu commettre à l'aide de personnes interposées [38].

Au reste, toutes ces prohibitions ne s'appliquaient qu'aux hommes âgés de vingt-cinq à soixante ans, et aux femmes âgées de vingt à cinquante ans [39]. La loi exemptait spécialement les parents et alliés jusqu'au sixième degré [40], ainsi que les personnes qui étaient absentes pour affaires publiques pendant leur absence, et un an après leur retour [41] (*personæ exceptæ*). Enfin l'empereur et le sénat pouvaient dispenser des prescriptions de la loi en accordant le *jus liberorum* [42].

Tout ce qu'une personne instituée héritière ou légataire ne recueillait pas par suite de ces dispositions s'appelait *caducum*. On désignait par le même nom les biens qu'un héritier ou légataire n'acquérait pas, parce qu'il mourait avant l'ouverture du testament, ou avant que la condition sous laquelle la libéralité lui avait été faite se fût accomplie [43]. On comprenait encore sous ce nom ce qui était enlevé à un héritier ou légataire pour cause d'indignité (*ereptitium, ereptorium*), les dispositions qui étaient considérées comme non écrites, et en général toutes les successions vacantes [44].

Avant la loi Julia et Papia Poppæa, les caduca revenaient à celui dont la part avait été diminuée par la libéralité qui devenait caduque. Il s'opérait en sa faveur un droit d'accroissement. Notre loi accorde encore cet avantage aux descendants et ascendants du testateur jusqu'au troisième degré, pourvu qu'ils aient été institués héritiers. Dans tous les autres cas, le droit de réclamer la part caduque (*vindicare caducum*) compète à ceux qui figurent dans le

[38] Fr. 30, D., *de ritu nupt.*, (23, 2). — Fr. 10, D., *de his quæ ut indignis* (34, 9).—Fr. 82. 83, D., *de acq. hered.* (29, 2). — Fr. un. D., *de libert. adim.* (40, 6).

[39] Ces termes furent plus tard modifiés par les sénatus-consultes Pernicien (ou Persicien) et Calvisien. Ulpien, XVI, 3. 4.

[40] Ulpien, XVI, 1. — *Vatic. fr.* 158. 214. 219. — Sozomène, *Hist. eccl.*, I, 9.

[41] Ulpien, XVI, 1. — Fr. 35 38, D., *ex quibus causis majores* (4, 6).

[42] Dion Cassius, LV, 2. — Suétone, *Claude*, 19. — Pline, *Ep.*, II, 13. X, 2. 95. 96. — Fr. 31, D., *de ritu nupt.* (23, 2). Nous trouvons également que le prince dispensait des peines du célibat en accordant δικαιώματα τῶν γεγαμηκότων (Dion Cassius, LX, 24).

[43] A) Ulpien, XVII, 1. — Fr. 10, D., *quemadmodum aperiantur testam.*, (29. 3). — L. un. § 1. 5, C., *de caducis toll.*, (6. 51).—B) Fr. 59, D., *de cond. et dem.*, (35. 1). — L. un. § 7, C., *de caducis toll.*, (6. 51).

[44] Fr. 9, D., *de his quæ ut indignis*, (34. 9).—Titt. Th. C. X, 8. 9. 10. XI, 30. — L. un. § 2. 3. 12, I. C., *de caducis toll.*, (6. 51).

même testament et qui ont des enfants (*qui in eo testamento liberos habent*). Parmi eux, l'héritier est préféré aux légataires; mais plusieurs légataires nommés dans la même phrase sont, pour ainsi dire, considérés comme ne faisant qu'une personne, et sont par conséquent préférés même à l'héritier [45]. (Voyez les détails ci-après livre V.)

A défaut de personnes capables, les caduca tombent dans le trésor public, sauf les primes accordées aux délateurs [46].

Au reste, à quelques personnes que les caduca soient déférés, ils passent toujours avec les charges dont ils sont grevés [47].

§ 61.

Nous remarquons encore sous le règne d'Auguste la loi *Ælia Sentia* (757), dont il a déjà été question (§ 53), et la loi *Furia Caninia* (761), qui avait également pour but de restreindre la faculté d'affranchir les esclaves [48]. Depuis, les décrets du peuple deviennent de plus en plus rares. Le Digeste parle encore d'une loi agraire rendue sous Nerva [49]; la dernière loi dont il soit fait mention est une loi *Vectibulici* sous Trajan [50].

Le plus souvent les lois sont votées sur la proposition de l'empereur ou du sénat. Dans ce dernier cas, le vote de la loi n'est, pour ainsi dire, qu'une sanction accordée pour la forme à un sénatus-consulte. De là vient que plusieurs dispositions législatives sont citées indistinctement tantôt comme lois, tantôt comme sénatus-consultes [51].

[45] Gaius, II, 206. « Deficientis portio caduca... ad eos pertinet qui in eo testamento liberos habent... 207. Et quamvis prima causa sit in caducis vindicandis *heredum* liberos habentium, deinde, si heredes liberos non habeant, *legatariorum* liberos habentium, tamen ipsa lege Papia significatur, ut *collegatarius conjunctus*, si liberos habeat, *potior* sit *heredibus*, etiamsi liberos habebunt. » — Ulpien, I, 21. XXV, 17. « ... Legatarii *patres*... » — Fr. 80. 89. D., *de legatis*, III, (32).

[46] Fr. 13. 15. 16. D., *de jure fisci*, (49. 14).

[47] Fr. 60, § 1, D., *de cond. et dem.*, (35. 1).—Fr. 61, D., *de legatis*, II (31).

[48] Suétone, *Aug.*, c. 40. — Dion Cass., LV, 13. — Gaius, I, 42-46. — Paulus, *Sent. rec.*, IV, 14. — Ulpien, I, 24. 25. — Tit. I., *de lege Furia Caninia tollenda* (1, 7).

[49] Fr. 3, § 1, D., *de termino moto* (47, 21).

[50] L. 3, C., *de servis reipubl. manumitt.* (7, 9). Le nom de cette loi est probablement corrompu dans les manuscrits.

[51] Tite-Live, XLI, 13.

§ 62. *Décrets du sénat* (*Senatus consulta*).

A mesure que le pouvoir législatif du peuple disparait, l'autorité du sénat parait augmenter, jusqu'à ce qu'à la fin elle soit aussi entièrement absorbée par la toute-puissance de l'autocrate. Au commencement de notre époque, les sénatus-consultes sont une source très-importante du droit privé [52]. La plupart de ces décrets sont rendus sur la proposition de l'empereur (*ex auctoritate principis*) [53], qui est faite soit par l'empereur lui-même, soit par un quæstor candidatus [54]. Ces propositions sont ordinairement adoptées par acclamation; c'est pourquoi les auteurs citent et commentent souvent le texte de l'oratio principis au lieu de celui du sénatus-consulte [55]. Au reste, les sénatus-consultes n'avaient force obligatoire qu'après avoir reçu la sanction de l'empereur, lequel, en vertu de sa puissance tribunitienne, avait le droit de veto absolu.

Les sénatus-consultes recevaient ordinairement leur nom du consul qui présidait au vote, quelquefois aussi de l'empereur sur la proposition duquel ils avaient été rendus [56]. Une exception assez singulière est celle du sénatus-consulte Macédonien, appelé ainsi d'après un criminel qui donna lieu à cette mesure législative [57].

Le nombre des sénatus-consultes, qui est très-considérable au commencement de notre époque, diminue de plus en plus, et à partir de Caracalla, l'autorité législative du sénat cesse d'exister.

[52] « Senatus jubet atque constituit. » Gaius, I, 4. 83. 84. III, 32. — Fr. 2, § 12, D., *de orig. juris* (1, 2).— Fr. 9, D., *de legibus* (1, 3). - § 5, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[53] En sa qualité de princeps senatus. Dion Cassius, LIII, 1. LVII, 8. LXXIII, 5.

[54] Fr. 1, § 2. 4, D., *de off. quæst.* (1, 13). — Dion Cass., LIV, 25. LX, 2.— Tacite, *Ann.*, XVI, 27.

[55] Vopiscus, *Tacite*, 9.— Fr. 8, D., *de transact.* (2, 15).— Fr. 20, § 6. sqq. Fr. 22. 40, D., *de heredit. pet.* (5, 3). — Fr. 60, D., *de ritu nupt.* (23, 2). — Fr. 32, D., *de donat. inter vir. et ux.* (24, 1).

[56] Par exemple, Sc. Silanianum, Pegasianum. — Claudianum, Neronianum.

[57] Macedo, qui avait tué son père afin de payer ses dettes au moyen de la succession paternelle. Le sénatus-consulte Macédonien refuse au créancier toute action tendante à poursuivre le payement d'une somme d'argent prêtée à un fils de famille. Tacite, *Ann.*, XI, 13. — Suétone, *Vespas.*, c. 11, — Fr. 1, pr., D., *de Sc. Maced.* (14, 6). « Cum inter ceteras sceleris causas Macedo... etiam æs alienum adhibuisset... »

§ 63. *Constitutions impériales* (*Constitutiones principum*).

Nous avons expliqué ci-dessus (§§ 48.49) comment les empereurs réussirent à s'arroger le pouvoir législatif. Déjà sous la république, le peuple avait sanctionné d'avance tous les actes de Sylla et ratifié ceux de César après son décès [58]. L'usage de ratifier les actes des empereurs décédés se maintint longtemps; mais il était dans la nature des choses que, même de leur vivant, les ordonnances qu'ils publiaient obtinssent une autorité égale à celle des lois. Car les différentes magistratures qu'ils réunissaient dans leur personne, et surtout le pouvoir judiciaire qu'ils exerçaient en dernier ressort, rendaient de fait obligatoire toute décision qui émanait d'eux.

Ainsi l'empereur publiait des *édits*, comme tous les magistrats avaient l'habitude de le faire. Or, il est évident que les mêmes motifs qui avaient donné force de loi aux édits des préteurs durent assurer une autorité au moins égale à ceux des empereurs, d'autant plus que leur magistrature était d'une plus longue durée [59].

Il en était de même de leurs *décrets*, c'est-à-dire des décisions qu'ils prononçaient dans les affaires judiciaires qui leur étaient soumises [60].

Les ordonnances les plus fréquentes sont les *rescrits*, c'est-à-dire les réponses que l'empereur fait à une demande qu'on lui a adressée [61]. On donne également à de pareilles lettres le nom d'*epistolæ* [62], quoiqu'il paraisse que l'on désignait particulièrement par ce mot les lettres adressées à une autorité publique [63]. Les

[58] Cicéron, *in Rullum*, III, 2. — Appien, *de bello civ.*, I, 98. II, 135. — Fr. 1, D., *de testam. milit.* (29, 1). — Une sanction analogue fut donnée aux actes de Pompée après la guerre contre Mithridate. Appien, *l. c.*, II, 13.

[59] Voyez Brisson, *de formulis*, III, 8. — Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, lib. III, cap. 1, sect. 4, § 6-14.

[60] Fr. 22, pr. in f., D., *ad. Sc. Trebell.* (36, 1). — Voyez Brisson, *de formul.*, V, 113. 182-184.

[61] Fr. 1, § 1, D., *de const. princ.* (1, 4). — Fr. 9, D., *de lege Rhodia* (14, 2). — Voyez aussi Eusèbe, *Hist. eccl.*, II, 2, où se trouve le rapport fait par Pilate à l'empereur Tibère. — Même les esclaves pouvaient s'adresser au prince. L. 1, C., *de precibus Imperat. offer.* (1, 19).

[62] Gaius, I, 5. — § 6, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[63] Théophile, *ad* § 6, *cité*. « ἀντιγραφὴ πρὸς ἄρχοντος ἀναφοράν. » — Les rescrits adressés à une ville ou à un autre corps constitué s'appelaient *pragmaticæ sanctiones*; mais nous ne rencontrons ce terme que dans l'époque suivante. L. 7, C., *de divers. rescriptis* (1, 23). — L. 15, C., *de proximis sacror. scrinior.* (12, 19).

*

réponses se donnaient au bas de la requête, *subscriptiones*, ou par un acte séparé.

Outre ces trois espèces d'ordonnances impériales, nous trouvons encore les *mandata*, c'est-à-dire les instructions que les empereurs avaient l'habitude d'adresser aux fonctionnaires provinciaux, et qui pour la plupart appartiennent à la classe des édits [64].

Les rescrits, aussi bien que les décrets, n'étant donnés que pour un cas particulier, n'avaient pas, à la vérité, le caractère de loi générale ; mais on s'habitua bientôt à appliquer à tous les cas analogues la décision que l'empereur avait prise dans telle espèce déterminée [65]. Aussi le nombre des rescrits est-il très-considérable dans les recueils de constitutions que nous possédons, tandis que les ordonnances d'une nature plus générale sont encore rares dans notre époque.

Beaucoup de constitutions des empereurs nous ont été conservées tant par différents auteurs qu'au moyen des collections qui en furent faites dans l'époque suivante (voyez ci-après §§ 81. 82). La circonstance que la plus ancienne ordonnance que nous trouvions dans ces collections date du temps d'Adrien [66], a engagé quelques auteurs à soutenir qu'avant cet empereur il n'y eut point de constitutions impériales. Mais la fausseté de cette opinion est positivement prouvée par les témoignages des anciens qui citent un assez grand nombre d'édits et de rescrits des premiers empereurs [67].

EN DEHORS DE LA LÉGISLATION.

§ 64. *Les édits des magistrats* (*Jus honorarium*).

Nous trouvons, comme dans l'époque précédente, les édits des magistrats, tant à Rome que dans les provinces [68] ; et ce sont par-

[64] Dion Cass., LIII, 15. — Pline, *Epist.*, X, 64. — *Nov.* 17. 24, c. 6. — Brisson, *de verb. signif.*, v. Mandatum.

[65] Fr. 9, § 2, D., *de hered. instit.* (28, 5). — Fr. 49, D., *ad leg. Falcid.* (35, 2). — Fr. 17, D., *de jure patron.* (37, 14).

[66] L. 1, C., *de testamentis* (6, 23).

[67] Pline, *Epist.*, X, 71. — Tacite, *Ann.*, XIII, 51. — Suétone, *Tibère*, 34. — Aggenus, *de limit. agror.*, éd. Goes., p. 59. — Pr. I., *quib. non est permissum.* (2, 12). — § 1, I., *de fideic. hered.* (2, 23). — Fr. 2, pr. D., *ad Sc. Vellej.* (16, 1). — Voyez aussi Brisson, *de formul.*, III, 21-68. — Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, *l. c.*, § 4. 8-14. — Hugo, *Gesch. d. R. R.*, pages 745 et suiv.

[68] Gaius, I, 6. — Fr. 6, § 1, D., *de custodia reorum* (48, 3).

ticulièrement ceux des préteurs et des édiles qui exercent une influence notable sur le développement du droit.

Quant aux premiers, passant d'une année à l'autre, ils se composaient déjà, vers la fin de l'époque précédente, d'un grand nombre de règles incohérentes et en partie surannées, dont les unes modifiaient et changeaient les autres. Pour remédier à cet inconvénient, Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron, rédigea l'édit dans une forme moins incommode. Peu après, Ofilius composa un ouvrage plus complet sur l'édit et l'arrangea avec soin d'après un certain ordre [69]. Mais le travail le plus important sur cette matière fut celui du célèbre jurisconsulte Salvius Julianus, préteur sous le règne d'Adrien.

D'après l'opinion généralement accréditée jusqu'à la fin du siècle dernier, Adrien aurait ordonné à Julien de recueillir tous les édits des préteurs et d'en prendre les parties les plus importantes pour en faire un ensemble qui aurait été publié comme loi. A cette œuvre l'empereur aurait donné le titre d'*Édit perpétuel* pour indiquer qu'il devait être observé à perpétuité dans toute l'étendue de l'empire au lieu des édits annuels que les préteurs avaient faits jusqu'alors.

Cette opinion est inadmissible. D'abord aucun auteur ancien ne parle du travail de Julien comme d'un code, qui aurait fixé la législation et mis fin à la publication des édits; et cependant cette innovation était trop importante pour que les historiens, et particulièrement les jurisconsultes, l'eussent passée sous silence. Nous avons au contraire la preuve précise qu'après Julien encore, les préteurs publièrent et exposèrent des édits; et il résulte de plusieurs passages très-explicites de nos sources, que postérieurement à cette publication le droit prétorien subit encore quelques changements [70]. C'est un passage d'un auteur obscur du sixième siècle de l'ère chrétienne [71], qui a induit les savants en erreur et leur a

[69] « Diligenter *composuit* edictum. » Fr. 2, § 44, D., *de orig. juris* (1, 2).

[70] Ces preuves se trouvent dans Gaius, Ulpien et Marcellus, tous postérieurs à Julien. Gaius, I, 6. « Jus autem edicendi *habent* magistratus populi romani. Sed amplissimum jus est in edictis duorum prætorum, urbani et peregrini... nam in provincias Cæsaris omnino quæstores non mittuntur, et ob id hoc edictum in his provinciis non *proponitur.* » — (Ulpien), Fr. 7-9, D., *de jurisdictione* (2, 1). « Si quis id quod *juridictionis perpetuæ* causa, non quod prout res incidit, in albo, vel in charta, vel in alia materia propositum erit, dolo malo corrupuerit, etc... » — (Marcellus). Fr. 3, D., *de conjungendis cum emancip.* (37, 8). — (Ulpien), Fr. 1, § 13, D., *de ventre in possess. mitt.* (37, 9). Fr. 5, D., *de manumiss.* (40, 1).

[71] Eutrope, en parlant de l'empereur Julien, dit qu'il était « nepos Salvii

fait croire que « *edictum perpetuum* » est une loi immuable qui doit être observée à perpétuité, tandis qu'il est démontré par des preuves irrécusables que les mots « *édit perpétuel* » et « *édit annuel* » sont synonymes et signifient tous deux les édits généraux ayant force obligatoire pour toute la durée de la magistrature, en opposition à ceux rendus dans des cas particuliers [72].

Toutefois des renseignements que nous trouvons dans les historiens et dans nos sources de droit, il résulte que Julien donna réellement une forme nouvelle à l'édit des préteurs, en conservant ce qui était encore applicable, en retranchant les passages tombés en désuétude, en arrangeant convenablement le reste et en y ajoutant, à ce qu'il paraît, les dispositions de l'édit des édiles [73]. Mais rien ne nous autorise à croire que ce travail ait été une œuvre législative destinée à mettre fin aux édits annuels, quoiqu'il semble qu'il ait été entrepris sous les auspices de l'empereur et qu'il ait même été approuvé par un sénatus-consulte [74], peut-être à l'occasion de la nouvelle administration qu'Adrien donna à l'Italie [75].

Ce qui dut nécessairement assurer une grande autorité à l'ouvrage de Julien, ce fut la décadence dans laquelle tombèrent bientôt toutes les magistratures, y compris la préture. Sa rédaction servit de base aux édits postérieurs et aux commentaires des jurisconsultes [76]. Julien lui-même paraît avoir écrit un commentaire sur l'édit, et après lui nous en trouvons d'autres de Vivien, Pomponius, Ulpien, Paul, Furius Anthianus, Saturninus et Gaius.

Malgré les nombreux travaux sur le droit prétorien, il ne nous en a été conservé que des fragments peu considérables, que les savants des siècles derniers ont réunis et commentés [77].

Juliani qui sub divo Adriano perpetuum composuit edictum. » Son paraphraste Pæanius, ajoute : « Ἰουλιανοῦ γὰρ ἔκγονος ἦν, ὃς τὸ διηνεκὲς διάταγμα τοῖς Ἀδριανοῦ χρόνοις συνέταξεν, ὃ μέχρι νῦν Ἀδριάνειον καλεῖται, κατὰ τὴν τῶν Ἰταλῶν φωνὴν ἤδικτον περπέτουον. » — Voyez encore Aurelius Victor, *de Cæsar.*, 19, qui va jusqu'à confondre le jurisconsulte Salvius Julianus avec l'empereur Didius Julianus.

[72] « Edicta repentina, prout res incidit. » V. ci-dessus, § 41, notes 45 et 47.

[73] Voyez la constit. *Omnem reipubl.*, § 4, et Théophile, *Paraph. ad* § 7, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[74] Const. *Tanta*, § 18. — Const. Δέδωκεν, § 18. (L. 2, § 18. L. 3, § 18. C., *de vetere jure enucl.*, 1, 17).

[75] Voyez en général sur cette question Hugo, *Gesch. d. R. R.*, pages 795 et suiv. (XIe édit.).—Zimmern, *Gesch. d. R. Privatr.*, tome I, pages 131 et suiv.

[76] Voyez entre autres les Fr. 1. 2, D., *de his qui infam. not.* (3, 2). Il paraît même qu'en général Justinien suivit dans le Digeste et dans le Code l'ordre de l'édit.

[77] Le premier essai de ce genre fut fait par Eg. Baron. V. ses *Opp.*, t. I,

Les édiles, ainsi que les magistrats et gouverneurs des provinces, continuèrent également de publier des ordonnances [78]; mais vers la fin de notre époque les édits disparaissent avec ces magistratures.

Les jurisconsultes (*Auctoritas prudentum*).

§ 65.

C'est vers le milieu de notre époque que la science arrive à l'apogée de sa gloire. Les opinions de l'école influent plus puissamment sur le développement du droit que les constitutions des empereurs elles-mêmes. Une institution particulière contribua à augmenter l'autorité des jurisconsultes. Auguste donna à plusieurs d'entre eux le droit « *ut ex auctoritate ejus responderent*, » et ses successeurs continuèrent d'accorder de pareils priviléges [79]. Nous ne savons pas exactement en quoi consistaient ces priviléges; mais il est facile à concevoir que dans cette époque la qualité de jurisconsulte breveté de l'empereur dut donner une grande importance à celui qui en était revêtu. Il est même probable que les avis de ces jurisconsultes avaient une certaine autorité en justice. Du moins nous lisons que l'empereur Adrien défendit aux juges de décider contre un avis rendu à l'unanimité des jurisconsultes, et tout porte à croire que les prudentes, dont il est question dans ces passages (*quibus permissum est jura condere*) sont ceux qui avaient obtenu de pareils brevets, et que la constitution d'Adrien n'est que la sanction d'une constitution antérieure, ou d'un usage établi [80].

Quoi qu'il en soit, l'étude du droit devint de plus en plus floris-

Paris 1562. — Après lui vinrent GUIL. RANCHIN, 1597, dont le travail a été reproduit dans plusieurs éditions du *Corpus juris*, et particulièrement dans les *Pandectæ Justinianeæ* de POTHIER. — NOODT, *Comment. in Justiniani Digesta* (1, 28). — WESTENBERG, *Principia juris secundum ordinem Digestorum*. — WIELING, *Fragmenta edicti perpetui*, etc. Franeker, 1733. — J. GOTTL. HEINECCIUS, *Edicti perpetui, ordini et integritati suæ restituti. P. I. II.*, dans ses *Opera posthuma*, Halle, 1744. — DE WEYHE, *Libri tres edicti*, Celle, 1821. — HAUBOLD a recueilli les textes incontestablement originaux de l'édit dans ses *Institutiones hist. dogmat.*, t. II, p. 11, Leipzig, 1826.

[78] GAIUS, I, 16.

[79] Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.* (1, 2). — § 8, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2).

[80] GAIUS, I, 7. « Responsa prudentum... quibus permissum est jura condere : quorum omnium si in unum sententiæ concurrant, id quod ita sentiunt legis

sante. Plus le droit public perdit d'intérêt et d'importance, plus les efforts des philosophes et des jurisconsultes se dirigèrent vers la théorie du droit privé. Cette tendance avait été préparée par la philosophie grecque dont l'influence, déjà si grande vers la fin de la république, devint plus puissante encore sous les empereurs. C'est surtout la doctrine des stoïciens que les esprits les plus élevés de l'époque cultivent et chérissent, et dont les principes et la méthode rigoureuse se font sentir dans la science du droit [81].

§ 66.

« Il avait existé de tout temps à Rome des dissidences d'opinion entre les prudentes[82]; mais sous le règne d'Auguste, ces dissidences devinrent assez systématiques pour constituer la division des jurisconsultes en deux sectes ou écoles distinctes. Les fondateurs de ces deux écoles furent Labéon et Capiton [83]. »

vicem obtinet; si vero dissentiunt, judici licet, quam velit sententiam sequi. Idque rescripto D. Hadriani significatur. » — § 8, I., *de jure nat. gent. et civ.* (1, 2). «... Nam antiquitus institutum erat, ut essent, qui jura publice interpretarentur, quibus a Cæsare jus respondendi datum est... Quorum omnium sententiæ et opiniones eam auctoritatem tenebant, ut judici recedere a responso eorum non liceret, ut est constitutum. » — Théophile, *paraphr.*, ad h. l. — Voyez aussi Sénèque, *epist.* 94. — Au reste il nous est impossible de nous former une idée exacte sur cette bizarre institution de jurisconsultes brevetés. Voyez Thémis, t. II, pages 17-36 (12-20 de l'édit. de Bruxelles).

[81] Toutefois il faut se garder d'exagérer l'influence que la philosophie stoïque a exercée sur le développement du droit romain, et surtout ne pas croire sur parole les commentateurs des siècles derniers, qui, souvent fort peu instruits dans l'histoire de la philosophie, avaient l'habitude de prendre pour une maxime stoïcienne tout principe général qu'ils trouvaient dans les écrits d'un jurisconsulte. Voyez Schrader, ad Pr. I. *de just. et jure* (1, 1).

[82] Cicéron, *ad div.*, II, 30. — Aulu-Gelle, XII, 13. « Si aut de vetere... jure, aut recepto, aut controverso, aut ambiguo, aut novo, aut constituto discendum esset, etc. » — Voyez encore Fr. 4, D., *de captivis* (49, 15). « ... Inter Brutum et Scævolam varie tractatum est. » — Fr. 30, D., *pro socio* (17, 2).

[83] Les renseignements que les anciens nous ont transmis sur ces deux jurisconsultes sont peu considérables et ne suffisent certes pas pour porter un jugement décisif, d'autant moins que nous ne connaissons rien des ouvrages de Capiton et que nous ne possédons que peu de fragments de ceux de Labéon. Toutefois cela n'a pas empêché les érudits de juger à l'aide d'hypothèses plus ou moins hardies le mérite et la tendance de ces deux chefs d'école, et d'entrer à cet égard dans tous les détails imaginables. Nous avons cru devoir nous borner ici à analyser le plus succinctement possible les faits essentiels, ainsi que les opinions les plus importantes des auteurs sur les deux écoles, sauf à y ajouter

Antistius Labeo, fils d'un jurisconsulte qui était tombé à Philippes en combattant contre le triumvirat, avait hérité des sentiments républicains de son père. Il fit une constante opposition à la monarchie naissante et refusa le consulat qu'Auguste lui offrait pour se l'attacher [84]. Élève de Trebatius Testa et nourri de la philosophie grecque, surtout de celle des stoïciens, il acquit bientôt une grande réputation par sa pénétration extraordinaire et sa conséquence inflexible [85]. Indépendant dans la science comme dans sa conduite politique, il ne soumettait point son jugement aux autorités; il tâchait de pénétrer la nature des différentes institutions; il en tirait avec confiance les conclusions qui devaient en dériver, ces conséquences dussent-elles même être en contradiction avec les idées reçues; il se montrait franchement novateur dans la science [86]. De nombreux disciples suivirent l'exemple de Labéon. On les désignait

quelques observations et les passages les plus remarquables des anciens sur Labéon et Capiton.

[84] (Pomponius), Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.* (1, 2). « ... Ateius consul fuit; Labeo noluit, cum offerretur ei ab Augusto consulatus quo suffectus fieret, honorem suscipere, sed plurimum studiis operam dedit. » — Tacite, *Ann.*, III, 75. « Capito Ateius... consulatum ei adceleraverat Augustus, ut Labeonem Antistium, iisdem artibus (studiis civilibus) præcellentem, dignitate ejus magistratus anteiret. Namque illa ætas *duo pacis decora* simul tulit; sed Labeo incorrupta libertate et ob id fama celebratior : Capitonis obsequium dominantibus magis probatur. Illi, quod præturam intra stetit, commendatio ex injuria : huic, quod consulatum adeptus est, odium ex invidia oriebatur. » Les érudits sont au reste partagés sur le motif du refus de Labéon. D'après les uns, appuyés du passage de Pomponius, Labéon aurait préféré l'étude aux honneurs; d'autres attribuent son refus aux sentiments républicains; enfin il y en a qui tirent du passage de Tacite la conséquence que la véritable cause en aurait été le dépit de n'être que le suppléant ou du moins le successeur (suffectus) de son rival plus jeune. — Une autre preuve de l'indépendance politique de Labéon se trouve dans Suétone, *Aug.*, c. 54, et Dion Cass., LIV, 15.

[85] (Pompon.), Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.* (1, 2). « Post hunc... Antistius Labeo, qui omnes hos audivit; institutus est autem a Trebatio. » — Tous les anciens sont unanimes dans l'éloge de Labéon. Voyez le Fr. cité de Pomponius, le passage de Tacite, note 84, et Aulu-Gelle, XIII, 10. 12, qui lui attribue de vastes connaissances non-seulement dans la science du droit, mais encore dans l'histoire, dans la grammaire, et en général dans les sciences philosophiques. Le nombre de ses ouvrages paraît avoir été très-considérable; d'après Pomponius il aurait laissé quadringenta (quadraginta?) volumina. Nous n'en avons que des fragments épars dans le Digeste.

[86] (Pompon.), Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.* (1, 2). « ... Hi duo primum *veluti* diversas sectas fecerunt; nam Ateius Capito in his quæ ei tradita fuerant, perseverabat; Labeo ingenii qualitate et fiducia doctrinæ, qui et in ceteris sapientiæ operam dederat, plurima innovare instituit. » Quoique étant disciple de Treba-

sous le nom de PROCULÉIENS, de Proculus, l'un des chefs de l'école[87].

L'école opposée datait d'ATEJUS CAPITO, homme d'une grande érudition [88], mais qui, dans la science comme dans sa vie politique montrait un esprit peu indépendant. Comme homme public, il s'attachait servilement aux oppresseurs de la liberté de son pays; il sut mériter ainsi les bonnes grâces d'Auguste et même de Tibère [89]. Comme jurisconsulte, il suivait avec ténacité les opinions qu'il avait recueillies des grands maitres [90]. Mais s'il n'était guère estimé des contemporains, si ses ouvrages ne jouissent que d'une réputation médiocre [91], son école n'en produisit pas moins des jurisconsultes très-célèbres. On les appelle SABINIENS, d'après Massurius Sabinus, ou CASSIENS, d'après C. Cassius Longinus.

Les savants se sont beaucoup efforcés de déterminer le caractère distinctif de chacune des deux écoles. Les uns, en se fondant sur les renseignements que nous possédons sur Labéon et Capiton, ont voulu assigner à leurs écoles un caractère politique, en considérant les Proculéiens comme poursuivant une tendance plus libérale,

tius, il n'en différait pas moins souvent d'opinion avec lui. Voyez AULU-GELLE, IV, 2. — Fr. 1, § 41, D., *depos.* (16, 3). — Fr. 1, § 2, D., *de per. et comm. rei vend.* (18, 6). — Fr. 29, pr. 100, § 1. 3, D., *de leg.* III (32). — Fr. 19, D., *de acq. rer. dom.* (41, 1).— Fr. 3, § 5, D., *de acq. poss.* (41, 2). — Fr. 22, § 3, D., *quod vi aut clam* (43, 24). — Nous devons entre autres à Labéon la sanction des codicilles (Pr. I., *de codicillis,* 2, 25 : « ... Post quæ tempora, cum et Labeo codicillos fecisset, jam nemini dubium erat, quin codicilli jure optimo admitterentur); » et l'introduction de l'action générale in factum à l'effet de demander l'exécution d'une convention que le demandeur a exécutée de son côté (Fr. 1, § 1. Fr. 19, § 1, D., *de præscr. verbis,* 19, 5).

[87] On les appelle aussi quelquefois Pégasiens, de Pégasus, autre chef de l'école; mais il est fort douteux que les anciens aient employé cette dénomination. Voyez BACH, *Hist. jur. Rom.*, lib. III, c. 1, § 23.

[88] TACITE, *Ann.*, III, 70. 75. « Humani divinique juris sciens »... « principem in civitate locum studiis civilibus adsecutus. » — AULU-GELLE, X. 20. « Publici privatique juris peritissimus. » — MACROBE, *Saturn.*, VII, 13. « Pontificii juris inter primos peritus. »

[89] (POMPON.), Fr. 2, § 47, D., *de orig. jur.* (1, 2). « ... Ex his Ateius consul fuit ; Labeo noluit... » V. note 84. V. aussi TACITE, *Ann.*, III, 70, où Capiton renchérit sur la sévérité de Tibère et l'engage à faire des poursuites injustes sous prétexte du bien public, « quasi per libertatem, » dit Tacite en ajoutant : « Capito insignitior infamia fuit, quod humani divinique juris sciens egregium publicum et bonas domi artes dehonestavisset. » LE MÊME, III, 75. — Nous trouvons encore une preuve des sentiments serviles de Capiton à propos d'une simple question de grammaire. SUÉTONE, *de illustr. grammat.*, c. 22.

[90] V. note 86.

[91] Il ne nous est rien resté des ouvrages de Capiton.

tandis que les Sabiniens auraient été les partisans du despotisme. Mais les faits sont loin de confirmer cette hypothèse; car, pour ne parler que des successeurs immédiats des deux chefs, l'élève de Labéon, Coccius Nerva, fut l'ami de l'empereur Tibère [92], et C. Cassius Longinus, de qui les Cassiens prirent leur nom, fut un homme d'une grande fermeté; son indépendance lui valut même l'honneur d'être poursuivi par Néron [93]. D'autres, s'appuyant de la tendance philosophique de Labéon, et prenant la philosophie pour un vague sentiment d'équité, ont voulu faire des Cassiens les représentants du droit strict, que les Proculéiens auraient cherché à faire fléchir devant l'équité [94]; mais cette hypothèse superficielle est si peu confirmée par les fragments des ouvrages qui nous restent des partisans des deux écoles, que d'autres savants se sont crus autorisés à assigner aux deux sectes des rôles diamétralement opposés [95]. Enfin d'autres pensent que les deux sectes différaient particulièrement par la méthode, en ce que les Sabiniens auraient cherché à appuyer leur doctrine de quelque autorité, soit de l'expérience, soit de la jurisprudence des auteurs ou des tribunaux, soit même des idées généralement reçues; tandis que les Proculéiens auraient procédé d'une manière plus indépendante en appliquant au droit une logique rigoureuse, et en tirant des principes une fois établis les conclusions qui devaient en résulter [96]. Cette opinion, quoiqu'elle ne soit pas non plus prouvée d'une manière irréfragable, n'est cependant pas démentie par les renseignements positifs que nous possédons, et elle est assez conforme à l'idée que nous devons nous former des chefs des deux sectes [97]. Il peut paraître étonnant au premier abord, que l'école des Sabiniens, procédant d'une manière assez étroite, ait cependant en somme produit des jurisconsultes plus célèbres que celle des Proculéiens. Mais on ne doit pas perdre de vue que plus le principe de ces derniers

[92] Tacite, *Ann.*, VI, 26.

[93] Tacite, *Ann.*, XIII, 48. XIV, 43 et seq. XVI, 7. 9.—Suétone, *Néron*, 37.

[94] Bach, l. l., § 7. 8.

[95] Hommel, *de princip. causa diss. inter Labeon. et Capit. horumque sectatores*. Lips., 1750. — Muhlenbruch, *Doct. Pand.*, § 7, note 16 et suiv.

[96] Dirksen, *Beiträge*, page 30-119.—Zimmern, *Gesch. d. R. Privatr.*, tome I, § 66. — Giraud, *Introd. historique aux Éléments d'Heineccius*, pag. 312; ouvrage auquel nous avons emprunté plus d'une observation utile.

[97] « Labéon, esprit élevé et étendu, dialecticien subtil et novateur audacieux, « soumettait tout au creuset de sa logique, tandis que Capiton, érudit timide « et modeste, suivait avec respect les traces de ses devanciers. » M. Giraud, page 316.

était élevé, plus il présentait de difficultés, et plus il exposait nécessairement ceux qui le suivaient à tomber dans des erreurs, tandis que les partisans de l'école opposée, en scrutant moins sévèrement et en agissant avec moins de hardiesse, étaient mieux préservés de ce danger. Toutefois, il se pourrait que même les erreurs de l'école proculéienne aient été plus favorables au développement de la législation que les savants travaux de leurs adversaires.

Quoi qu'il en soit, la séparation des deux écoles dura assez longtemps. Gaius, qui vécut du temps de Marc-Aurèle, se donne pour partisan de l'école des Sabiniens (*nostri præceptores*), qu'il oppose à celle des Proculéiens (*diversæ scholæ auctores*) [98]. Cependant les partisans d'une école n'étaient pas assez serviles pour rejeter aveuglément les opinions de l'école opposée [99]. Peu à peu, les dissidences s'effacèrent même, et nous trouvons à la fin beaucoup de jurisconsultes qui n'appartiennent à aucune des deux sectes [100]. Après Adrien, il n'en reste presque plus de trace.

§ 67.

Pomponius, l'auteur d'un fragment du Digeste très-important pour l'histoire du droit romain, énumère les jurisconsultes de notre époque d'après la secte à laquelle ils ont appartenu [1]. Il range parmi les partisans de Labéon deux jurisconsultes du nom de Nerva,

[98] Gaius, I, 196. (Ulpien, XI, 28); II, 15. 37. III, 87. 93. 141, (§ 2, I., *de emt. et vend.*, 3, 23), etc.

[99] Aulu-Gelle, XIII, 12. — Gaius, II, 218. III, 98. — Fr. 54, pr. D., *de condit.* (35, 1). — Fr. 2, § 1. Fr. 20, § 3. Fr. 28, § 1, D., *de statu lib.* (40, 7).

[100] Les modernes les appellent ordinairement *miscelliones* d'après un passage de Festus : « *Miscelliones* appellantur, qui non certæ sunt sententiæ sed variorum mixtorumque judiciorum sunt. » Dans la plupart des ouvrages des siècles derniers on trouve encore le mot « *herciscundi* » pour désigner les jurisconsultes éclectiques. Cette expression bizarre doit son origine à une leçon erronée dans Servius, *ad Virg. Æn.*, III, 60. Ce commentateur, après avoir parlé de diverses opinions sur le sort de l'âme après la mort, ajoute : « Rite ergo reddita legitima sepultura, redit anima ad quietem sepulcri, quam stoici *terris condi*, i. e., medium secuti tam diu durare dicunt, quam diu durat corpus. » Or Cujas, lisant dans un manuscrit au lieu de *terris condi*... le mot *herciscundi* crut que les anciens s'étaient servis de ce terme pour désigner des philosophes qui n'appartenaient pas à une secte déterminée (medium secuti); et c'est ainsi que ce mot a passé dans les ouvrages sur l'histoire du droit romain. — Voyez Bach, *Hist. jurispr. Rom.*, lib. III, c. 2, § 3. — Hugo, *G. d. R. R.*, page 833 (XI[e] éd.).

[1] Fr. 2, § 47, D., *de origine juris* (1, 2).

père et fils. Nous avons déjà fait mention du premier; le second était fort estimé de Néron, et on le croit père de l'empereur Nerva, successeur de Domitien [2]. Vers la même époque vécut PROCULUS, qui jouit d'une très-grande autorité et qui donna son nom à l'école de Labéon [3]. Après lui vinrent PEGASUS, préfet de la ville sous Vespasien, et probablement auteur du sénatus-consulte Pégasien, CELSUS père et fils [4], et NERATIUS PRISCUS, pour lequel Trajan avait tant d'estime, qu'il songea à le désigner pour son successeur à l'empire [5].

Parmi les Sabiniens, Pomponius cite d'abord MASSURIUS SABINUS, qui reçut de Tibère le jus respondendi. Quoique le Digeste ne contienne rien de lui, il est cependant certain qu'il exerça une très-grande influence sur la science du droit [6]. Puis C. CASSIUS LONGINUS, dont nous avons déjà parlé, et qu'il ne faut pas confondre avec L. CASSIUS LONGINUS [7]. Après lui vinrent CŒLIUS SABINUS, consul

[2] TACITE, *Ann.*, XV, 72.—Fr. 1, § 3, D., *de postul.* (3, 1). Il a écrit *de usucapionibus*. Fr. 47, D., *de acq. poss.* (41, 2).

[3] On n'est pas d'accord sur son prénom. Les uns l'appellent Sempronius, en se fondant sur le Fr. 47, D., *de leg.* II (31); mais il est plus probable que c'est le même Licinius Proculus dont parle le Fr. 17, D., *de jure patron.* (37, 14), et qui fut préfet du prétoire sous Othon. (TACITE, *Hist.*, I, 46. 82. 87. II, 39. 40. 49. 60). — Il a écrit *Epistolarum libri* et des *notes sur Labéon*, à moins que ces dernières n'aient fait partie des Epistolæ. Voyez Fr. 69, D., *de contr. emt.* (18, 1). — Fr. 12, § 1, D., *de præscr. verbis* (19, 5). — Voyez au reste WIELING, *Jurispr. restit.*, p. 118.

[4] Nous n'avons que fort peu de renseignements sur Pegasus (voyez note 87). GAIUS, I, 31. II, 254. III, 64. — § 5, I., *de fid. hered.* (2, 23). — Celsus père est peu connu; le fils fut deux fois consul sous Trajan et Adrien. Il a écrit *Digesta, commentarii* et *quæstiones*. Le Digeste contient 142 fragments de lui; et il y est souvent mentionné d'une manière fort honorable. Il est encore très-connu à cause de la réponse un peu grossière qu'il fit à une consultation qui lui paraissait niaise. (*Quæstio Domitiana, responsio Celsina.* Fr. 27, D., *qui test. fac.*, 28, 1).

[5] « Commendo tibi provincias, si quid mihi fatale acciderit. » SPARTIAN., *Hadr.*, c. 4. (V. DODWELL, *Prælect. Cambden.*, XVI, p. 518). Il a écrit *Regulæ, Membranæ, Responsa, Epistolæ* et peut-être *Libri ex Plautio* (v. ci-après note 8). Le Digeste contient 64 fragments tirés de ses ouvrages.

[6] Ses *libri III juris civilis* avaient une si grande autorité que plusieurs jurisconsultes célèbres, Ariston, Fufidius, Pomponius, Paul et Ulpien écrivirent des commentaires et des notes sur cet ouvrage. Il écrivit en outre *commentarii, memorialia, fasti, responsa.*—Pomponius nous le représente comme si pauvre que ses élèves pourvurent à sa subsistance.

[7] Voyez pag. 134. Ce fut ce dernier que Caligula voulut faire périr sur la foi d'un oracle qui avait répondu « ut sibi a Cassio caveret. » (ZIMMERN. *Gesch.*

sous Vespasien, Priscus Javolenus, qui florissait sous Trajan et fut un des jurisconsultes les plus distingués de son école [8]. Il eut pour élèves Tuscianus, Aburnus Valens et le célèbre Julien [9].

Ici finit le tableau de Pomponius. Nous remarquons en outre, parmi les jurisconsultes antérieurs à Julien, Urseius Ferox, sur lequel Julien fit un commentaire, Atilicinus, contemporain de Proculus, Ariston, l'un des plus célèbres jurisconsultes sous Trajan, et Plautius, sur lequel écrivirent Priscus Javolenus, Pomponius et Paul [10].

§ 68.

C'est particulièrement à partir du règne d'Adrien que nous voyons paraitre les grands noms, qui assurèrent à la jurisprudence romaine une supériorité non contestée.

Salvius Julianus remplit les fonctions les plus élevées sous Adrien, Antonin le Pieux et Marc-Aurèle [11]. Son travail sur l'édit acquit une autorité immense et servit de base à tous les travaux ultérieurs sur cette matière (§ 64). Un de ses contemporains, et peut-être son élève (S. Cæcilius) Africanus, jouit d'une grande réputation de son temps, mais nous ne connaissons de lui qu'un seul ouvrage, dans lequel il se montre souvent d'une subtilité exces-

d. R. Privatr., page 317.) — Au reste C. Cassius est souvent appelé Caius tout court; et c'est de lui, et non point de Gaius, qui vécut sous Marc-Aurèle, qu'il faut entendre les *Libri ex Cassio* du jurisconsulte Javolenus. Fr. 70, pr. D., *de usufr.* (1, 2). — Fr. 54, D., *de condit.* (35, 1). — Fr. 78, D., *de solut.* (46, 3).

[8] Pline, *Ep.*, VI, 15. — Fr. 52, D., *mandati* (17, 1). — Fr. 55, D., *de condit.* (35, 1). — Fr. 5, D., *de manum. vind.* (40, 2). C'est de lui, et non point de Neratius Priscus, qu'il est question quand nous trouvons le simple nom Priscus. (Pline, l. l. — Fr. 10, § 2, D., *de usu.* (7, 8). — Il a écrit *Libri ex Cassio* et *Plautio*, *ex posterioribus Labeonis*, et *Epistolæ*. — Le Digeste contient 206 fragments de lui.

[9] Nous ne savons rien sur Tuscianus. — Aburnus Valens vécut sous Trajan, et il paraît qu'il a encore fait partie du conseil d'Antonin le Pieux. Il a écrit sur les *fidéicommis* et les *actions*. — Nous reviendrons encore sur Julien.

[10] Julianus ad Ursejum. V. *Ind. florent.*, et *Coll. leg. Mosaic.*, XI, 7. — Atilicinus est cité comme contemporain de Proculus au Fr. 17, D., *de pactis dotal.* (23, 4). — Ariston était l'ami de Pline le jeune, qui en fait le plus grand éloge. Pline, *Ep.*, I, 22. VIII, 14. Le Digeste cite de lui des *notes* sur Labéon, Cassius et Sabinus. — Nous ne savons presque rien sur Plautius. V. Heinecc., *hist. juris*, § 246.

[11] Marc-Aurèle et Verus l'appellent « amicus noster. » Fr. 17, pr. D., *de jure patron.* (37, 14). Le Digeste contient 457 fragments de lui.

sive [12]. Sous Antonin, nous trouvons encore VOLUSIUS MÆCIANUS, qui compte Marc-Aurèle au nombre de ses élèves [13]; TERENTIUS CLEMENS, dont nous ne savons rien, si ce n'est que ses 20 livres ad legem Jul. et P.P. ont fourni 35 fragments au Digeste.

Les nombreux fragments que le Digeste contient de POMPONIUS (ils sont au nombre de 588), et surtout le passage du titre *de origine juris* que Justinien lui attribue, et qui est une source très-importante pour l'histoire de la jurisprudence romaine, ont valu à ce jurisconsulte une grande célébrité [14]. Mais les renseignements que nous possédons sur lui sont si incomplets, que les érudits n'ont pas encore pu tomber d'accord sur la question de savoir s'il ne faut pas admettre deux Pomponius, l'un appelé Sextus et antérieur à Julien, l'autre contemporain de Marc-Aurèle.

GAIUS ou CAIUS, dont la réputation était déjà grande dans l'antiquité, a acquis pour nous une importance toute particulière par suite de la découverte de ses Institutes, qui ont jeté tant de lumières sur l'histoire du droit romain. Mais sa vie est beaucoup moins connue que ses ouvrages; nous ignorons même jusqu'à son nom, son origine, sa patrie. L'époque à laquelle il florissait est également fort contestée parmi les érudits, et il s'est trouvé des auteurs qui le font vivre au cinquième ou sixième siècle de l'ère chrétienne. Cette opinion est évidemment erronée; il résulte de plusieurs passages de Gaius même, qu'il vivait sous Antonin le Pieux et Marc-Aurèle [15]. Parmi ses nombreux ouvrages, qui ont fourni 536 fragments au Digeste, nous nous bornons à citer ses *Institutionum*

[12] Nous avons fort peu de renseignements sur sa vie. Le Digeste contient 131 fragments tirés de ses *Quæstiones*.

[13] CAPITOL. *Marc.*, c. 3. — Nous ne savons rien de précis sur les ouvrages de Volusius Mæcianus. On lui attribue ordinairement la petite dissertation *de assis distributione*, dont nous avons parlé § 6, n. 5. Le Digeste contient 44 fragments de lui.

[14] Il est au reste fort douteux si le fameux Fr. 2, D., *de origine juris* (1, 2) est réellement tiré de l'ouvrage de Pomponius, intitulé *Enchiridion*, comme l'indique l'inscription du Digeste, ou s'il n'est pas plutôt une compilation de plusieurs auteurs différents à laquelle les rédacteurs du Digeste ont donné le nom de Pomponius, parce qu'il en avait peut-être fourni la majeure partie. Cette dernière opinion paraît d'autant plus admissible que LYDUS, *de magistr. reip. Rom.*, I, 26, cite les §§ 22. 23, de ce fragment comme étant tirés de l'ouvrage de Gaius sur la loi des Douze Tables. Voyez au reste WENCK, *Mag. Vacarius*, p. 94, note m. — NIEBUHR, *Röm. Gesch.*, tome I, page 277 (IVe édit.).

[15] GAIUS, I, 102. II, 195. — Fr. 11, pr. D., *de jurisd.* (1, 2). — Fr. 24, D., *de don. int. vir. et uxor.* (24, 1). — Fr. 73, D., *de leg.* I (30), coll. ULPIEN,

commentarii IV et ses *Res quotidianæ sive aureæ,* qui ont servi de base et de modèle aux Institutes de Justinien [16].

Ulpius Marcellus, après avoir siégé dans le conseil d'Antonin le Pieux, se distingua encore sous Marc-Aurèle et sous Commode, autant comme capitaine que comme jurisconsulte (fragm. 158) [17]. Q. Cervidius Scævola eut pour élèves l'empereur Septime-Sévère et le célèbre jurisconsulte Papinien (fragm. 307) [18]. Vers la même époque vécurent Junius Mauricianus (fragm. 4), Claudius Saturninus que plusieurs interprètes croient être le même que Venuleius Saturninus (fragm. 1), Papirius Justus, qui fit une collection de constitutions impériales (fragm. 10), Tarruntenus Paternus, qui écrivit *de re militari* et fut mis à mort sous Commode (fragm. 2).

§ 69.

Æmilius Papinianus fut le condisciple, l'ami et le ministre de l'empereur Sévère, qui, en mourant, le chargea de maintenir la concorde entre ses deux fils. Caracalla, ayant fait périr son frère Géta, pria Papinien de justifier ce crime auprès du sénat, et, sur son refus, il le fit assassiner [19]. Papinien jouissait d'une vénération méritée tant à cause de son caractère que de ses connaissances. On l'a appelé le prince des jurisconsultes; les historiens, les auteurs de droit, les empereurs lui donnent les épithètes les plus flatteuses, et au cinquième siècle encore son autorité comme jurisconsulte primait celle de tous les autres (voyez ci-après § 80) [20]. Parmi les

XXIV, 8. – Fr. 56, D., *de leg.* II (31). — Fr. 96, D., *de leg.* III, (32).—Fr. 90, D., *de condit.* (35, 1). — Fr. 63, § 5, D., *ad SC. Trebell.* (36, 1).

[16] Const., *Imperatoriam majestatem*, § 5... Quas ex omnibus antiquorum institutionibus. § 6... Et præcipue ex commentariis Gaii nostri tam institutionum, quam rerum quotidianarum... legimus...

[17] Dion Cassius, LXXII, 8. — Zonaras, XII, 4.

[18] Spartian., *Caracalla,* 8. — Modestin le compte avec Paul et Ulpien parmi les κορυφαῖοι τῶν νομικῶν. Fr. 13, § 2, D., *de excusat.* (27, 1).

[19] Spartian., *Carac.,* 8. — Dion Cass., LXXII, init. — Zosime, 1, 9. C'est en se fondant sur une inscription dont l'authenticité est plus que douteuse, que la plupart des interprètes soutiennent qu'il serait mort à l'âge de 36 ans. Voyez Gruter., *Inscr.,* p. 340, n. 8. – Terrasson, *Hist. de la jurispr. rom.,* p. 274. — Heinecc., *Hist. juris,* § 330. — Zimmern, *Gesch. d. Röm. Pr.,* § 98, notes 3. 4.

[20] Spartian., *Sévère,* 21, l'appelle « juris asylum et doctrinæ legalis thesaurus. » — Voyez aussi Cassiodore, *Var.,* VI, 5. — § 7, I., *de fid. hered.* (2, 23). — Const., *Deo auct.,* § 6. – L. 30, C., *de fideic.* (6, 42), etc.

ouvrages de Papinien, on remarque particulièrement *responsa* et *quæstiones*. Le Digeste contient de lui 596 fragments.

Les deux jurisconsultes qui ont fourni le plus de fragments à la compilation de Justinien sont Paul et Ulpien.

Julius Paulus, sur la patrie duquel les interprètes ont émis les opinions les plus opposées [21], fut assesseur de Papinien dans la préfecture du prétoire, dignité à laquelle il fut élevé lui-même par la suite. Il a été peut-être l'auteur le plus fécond parmi les jurisconsultes romains. Nous ne possédons de lui qu'un livre, *sententiæ receptæ* (v. § 6, n° 3), et 2087 fragments contenus dans le Digeste. On lui reproche quelque obscurité et une trop grande subtilité; cependant il faut reconnaitre qu'il est en général très-conséquent dans ses raisonnements.

Domitius Ulpianus, né en Phénicie, fut préfet du prétoire sous Alexandre Sévère, et l'un des conseillers les plus intimes de cet empereur. Il mourut assassiné par les gardes prétoriennes qu'il avait irritées par ses réformes [22]. Les érudits se sont livrés à des discussions aussi animées qu'oiseuses sur la valeur morale d'Ulpien; tandis que, sur la foi d'un historien, on s'est cru autorisé à en faire le plus grand éloge, d'autres lui ont fait les reproches les plus sanglants, particulièrement à cause d'une persécution qu'il aurait dirigée contre les chrétiens [23].

Quoi qu'il en soit, sa réputation de jurisconsulte est immense; il occupe le premier rang après Papinien, et ses ouvrages ont fourni à peu près la moitié du Digeste (fragm. 2461). Nous avons en outre de lui un petit ouvrage, qu'on croit être son *Regularum liber*. Ce qui distingue en général Ulpien, c'est une précision remarquable dans l'exposition et une grande clarté dans l'argumentation. Cependant on lui a reproché de trahir son origine par de nombreux hébraïsmes.

D'autres contemporains des Sévère étaient Claudius Tryphoninus (fragm. 79), Arrius Menander (fragm. 6) et Æmilius Macer, qui écrivirent *de re militari*, Papirius Fronto, Callistratus (fragm. 101),

[21] La ville de Padoue le réclame et lui a fait ériger une statue.

[22] D'après Xiphilin., *ex Dione*, LXXX, init., il aurait aussi fait assassiner ses prédécesseurs. Voyez encore Zosime, I, 11. — Heinecc., *hist. juris*, § 336.

[23] On fonde cette accusation sur Lactance, *Div. Instit.*, V, 11. « ... Rescripta principum nefaria collegit, ut doceret, quibus pœnis affici oporteret eos qui se cultores Dei confiterentur. » et sur le Fr. 3, § 3, D., *de decur.* (50, 2). — Lampride, dans la vie d'Alexandre Sévère, fait à plusieurs reprises le plus grand éloge d'Ulpien.

Venuleius Saturninus (fragm. 71, voyez ci-dessus § 68), Licinius Rufinus (fragm. 17), Florentinus (fragm. 42), Ælius Marcianus (fragm. 282) et Tertullien, que plusieurs interprètes croient être le même que le célèbre Père de l'Église (fragm. 5) [24].

Sous Alexandre Sévère, et encore après lui, florissait Herennius Modestinus, qui clôt la suite des jurisconsultes classiques [25]. Le Digeste contient 345 fragments tirés de ses ouvrages, dont plusieurs écrits en grec. Il peut être comparé aux meilleurs auteurs des temps antérieurs; il jouissait encore d'une grande autorité du temps des empereurs chrétiens (voy. ci-après § 80).

Après lui, l'étude du droit tombe entièrement, et « au vif éclat dont la jurisprudence a brillé depuis Trajan jusqu'à Alexandre Sévère, succède tout à coup, et pour ainsi dire sans transition appréciable, une profonde obscurité. « On ne cite même plus un seul jurisconsulte depuis Modestin jusque vers le milieu du quatrième siècle, à moins qu'on ne compte quelques auteurs dont les noms se trouvent dans les Pandectes, sans qu'on puisse déterminer l'époque à laquelle ils ont vécu, comme Furius Anthianus (fragm. 3), Rutilius Maximus (fragm. 1) et Julius Aquila (fragm. 2).

Cependant l'enseignement du droit s'organisa d'une manière plus régulière vers la fin de notre époque. Les auteurs parlent de professeurs de droit auxquels certains priviléges sont accordés, et Ulpien nous apprend qu'ils se faisaient payer leurs leçons, quoiqu'à la vérité on leur refusât une action à l'effet de poursuivre en justice le payement de leurs honoraires [26]. Vers le commencement du troisième siècle, nous trouvons une école spéciale de droit à Berytos en Phénicie, qui acquit une grande célébrité et lutta avec avantage contre deux autres écoles qui se formèrent par la suite à Rome et à Constantinople [27].

[24] Cette opinion est particulièrement soutenue par Cujas et Hugo Grotius. — Elle est combattue par Ménage, Majansius, Otto.

[25] Il vécut encore sous Gordien III. L. 5, C., *ad exhib.* (3, 42). — L., ult. C., *si ex falso instr.* (7, 58).

[26] Fr. 1, § 5, D., *de extraord. cognit.* (50, 13). Voyez encore Fr. 6, § 12, D., *de excusat.* (27, 1).

[27] L. 1, C., *qui ætate vel prof. se excusant.* (10, 49). — Justinien appelle Béryte « legum nutrix. » Const., *Omnem reipubl.*, § 7. — Voyez au reste Heineccius, *hist. juris*, § 361 et seq.

QUATRIÈME ÉPOQUE.

DEPUIS DIOCLÉTIEN JUSQU'A JUSTINIEN.

(1037-1318 de Rome; 284-565 de l'ère chrétienne.)

SECTION PREMIÈRE.

ORGANISATION DE L'ÉTAT.

COUP D'ŒIL GÉNÉRAL.

§ 70.

La monarchie se montre franchement absolue; les formes républicaines ont même entièrement disparu; le sénat seul existe encore, mais il est aussi vil qu'impuissant. Les anciens magistrats sont remplacés par des fonctionnaires impériaux. Ce régime, préparé depuis longtemps, fut complétement organisé par Dioclétien et Constantin. Le premier y introduisit en même temps la pompe et le luxe oriental qui allaient si bien au despotisme impérial. Constantin fortifia encore l'influence des idées asiatiques en établissant sa résidence à Byzance (*Constantinopolis*, *nova Roma*). Cette ville reçut une administration analogue à celle de l'ancienne Rome. Elle eut son sénat, et l'un des consuls devait y résider [1]. Des constitutions impériales lui accordèrent le jus Italicum, et bientôt elle obtint tous les droits et priviléges de l'ancienne métropole. Pendant longtemps néanmoins, la langue latine resta la seule langue officielle dans les tribunaux. En général, l'influence orientale se fit moins sentir dans le droit privé, parce que d'abord la législation était déjà solidement établie par les travaux des jurisconsultes classiques, et que, d'un autre côté, les idées asiatiques devaient nécessairement céder devant la puissance du jus gentium, dont l'autorité devint de plus en plus absolue.

[1] PROCOPE, *Anecd.*, p. 142. — L., 15. 16. Th. C., *de metat.* (7, 9).

[2] LACTANCE, *de mort. persecut.*, 48. — EUSÈBE, *hist. eccl.*, X, 5. — Tit. C., *de summa trinitate* (1, 1).

Il y eut encore un autre élément qui s'opposa à l'invasion trop rapide de la barbarie orientale. Le culte chrétien fut toléré et reconnu par Constantin, et finit même par devenir la religion de l'État [2]. Toutefois, le christianisme avait déjà perdu et perdit de plus en plus de la force créatrice qui lui avait assuré une si grande puissance morale dans les premiers siècles, et ce fut bien plus l'esprit de parti qui déchira alors l'Église, que la sublime doctrine du Christ, qui fit sentir son influence sur la législation romaine. Aussi, tandis que la nouvelle religion n'était pas même assez puissante pour abolir l'esclavage, nous voyons surgir force ordonnances aussi absurdes que cruelles contre les hérétiques, les apostats et tous ceux qui n'appartiennent pas à l'Église orthodoxe [3].

Constantin donna à l'empire une administration sévèrement organisée. Il sépara d'abord strictement le pouvoir militaire d'avec l'administration civile. L'empire entier fut divisé en quatre grandes parties, à la tête desquelles se trouvaient des préfets du prétoire. Chaque préfet avait sous sa direction plusieurs diocèses. Le préfet d'Orient avait les diocèses d'Asie, d'Égypte, de Pont et de Thrace; celui d'Illyrie administrait la Macédoine et la Dacie; l'Italie, la Dalmatie et la côte septentrionale d'Afrique étaient soumises au préfet d'Italie; enfin la Gaule, l'Espagne et la Grande-Bretagne formaient le département du préfet des Gaules [4]. Les diocèses étaient administrés par des vice-préfets, appelés *vicarii*, et dans quelques endroits *proconsules*. Dans un diocèse il y avait plusieurs provinces, régies par des *rectores*, qui sont appelés *consulares*, *præsides* ou *correctores*.

Le pouvoir militaire était confié à deux chefs suprêmes (*magistri militum*), dont l'un commandait l'infanterie (*m. peditum*), l'autre la cavalerie (*m. equitum*). Ils avaient pour inférieurs immédiats des *duces*, dont quelques-uns portaient le titre plus élevé de *comites*[5]. Au reste, les divisions militaires n'avaient aucun rapport avec les divisions géographiques de l'administration civile.

Les quatre préfectures avaient déjà existé de fait sous Dioclétien, qui avait abandonné à ses corégents l'administration des autres parties de l'empire pour se réserver l'Orient. Constantin réunit l'empire entier sous son sceptre, et le partage qu'il en fit entre ses trois fils cessa bientôt ses effets par la mort de deux d'entre eux.

[3] Voyez ci-après § 79.

[4] Zosime, II, 33.

[5] Zosime, II, 33. — Titt., Th. C., VI, 14. I. C., XII, 12. — Gothofr., *Parat. ad Th. C.*, VII, 1.

En 364, Valentinien prit pour corégent son frère Valens, et lui confia les deux préfectures d'Asie et d'Orient sous le nom d'*Orient*. Après avoir dominé seul pendant quelques années, Théodose Ier, en mourant, partagea de nouveau l'empire en Occident et en Orient, et depuis cette époque les deux parties ne furent plus réunies, si ce n'est momentanément sous Justinien.

Cependant cette division ne constituait pas une séparation complète. Les deux parties étaient toujours considérées comme ne faisant qu'un empire. Les lois étaient promulguées au nom des deux empereurs [6], et souvent ce n'est que par la ville d'où elles sont datées que nous pouvons savoir si elles ont été portées par l'un ou par l'autre.

L'empire occidental, après avoir été envahi plusieurs fois par les barbares, fut enfin détruit par Odoacre, lequel à son tour fut détrôné par Théodoric, le fondateur du royaume des Ostrogoths en Italie. Les empereurs de Byzance ne renoncèrent cependant jamais à leurs prétentions sur l'Occident, et Justinien réussit à conquérir l'Italie et l'Afrique. Cette dernière fut réduite en province et soumise à un préfet du prétoire qui avait sa résidence à Carthage [7]. Les Lombards prirent de nouveau l'Italie aux Byzantins, à l'exception de Rome et du territoire de Ravenne, qui était gouverné par un exarque. Rome elle-même parvint à se soustraire à la suzeraineté de Byzance et s'érigea en république (733), dont le gouvernement échut par la suite au pape.

CONSTITUTION DE L'EMPIRE.

§ 71. *L'empereur*.

A la tête de l'empire se trouve, comme dans l'époque précédente, l'empereur, mais avec une puissance tout à fait absolue. Il ne faut plus une loi pour lui conférer le pouvoir ; ce n'est que pour la forme qu'on publie encore quelquefois un sénatus-consulte à l'occasion de son avénement au trône. Ce sont les armées qui choisissent l'em-

[6] Une constitution de Théodose II statue, à la vérité, que les lois publiées dans un empire n'auront force obligatoire dans l'autre qu'après y avoir été promulguées (*Nov. Theod.*, tit. II, éd. Ritter). Mais cette promulgation avait toujours lieu (L. 5, Th. C., *de constit.* 1, 1, éd. Wenck). — *Nov. Theod.*, tit. II, XXXV, éd. Ritter).

[7] L. 1, C., *de off. præf. præt. Afr.* (1, 27).

pereur; ou bien l'empereur désigne lui-même son successeur, le plus souvent au moyen de l'adoption [8]. Insensiblement la monarchie devient héréditaire.

Tous les pouvoirs sont réunis dans les mains de l'empereur. Lui seul est législateur, et comme tel, il est au-dessus des lois. Il est en même temps grand juge de l'empire, et c'est lui qui nomme tous les fonctionnaires tant civils que militaires.

§ 72. *Le sénat et les anciens magistrats.*

Depuis Constantin il y a deux sénats, l'un à Rome, l'autre à Constantinople [9], tous deux sans aucun pouvoir réel. Ce sont plutôt les conseils municipaux de ces métropoles que des corps politiques. Quelquefois l'empereur les consulte encore [10], et leur coopération au pouvoir législatif ne fut abolie d'une manière expresse que par Léon le Philosophe [11]; mais nous n'en trouvons cependant plus de traces depuis la fin de l'époque précédente. Le sénat, sous la présidence du préfet de la ville, formait encore le tribunal suprême pour les affaires criminelles que l'empereur renvoyait devant lui [12]. La dignité de sénateur s'acquérait par droit de naissance ou résultait de certaines charges de la cour; enfin la munificence de l'empereur accordait souvent cet honneur à des particuliers, notamment aux habitants les plus riches des provinces, lesquels devaient montrer leur reconnaissance par de superbes présents [13].

Outre le sénat, nous trouvons encore quelques anciens magistrats dont les principales fonctions consistent à donner à leurs frais des jeux publics [14]. Parmi eux les plus élevés en rang sont toujours les *consuls*, dont le pouvoir se borne à donner un caractère authentique à certains actes de juridiction [15]. Ils étaient choisis par le sénat, mais leur élection avait besoin de la confirmation de l'empe-

[8] LACTANCE, *de mortis persecut.*, 18. 20. 25.

[9] SOZOMÈNE, II, 2. — ZOSIME, III, 11.

[10] L. 14, Th. C., *de senat.* (6, 2). — L. 3. 8, J. C., *de legibus* (1, 14).

[11] *Novelles de Léon*, 78.

[12] AMM. MARCELL., XXVIII, 1. 23.— SYMMAQUE, *Epist.*, IV, 4. — ZOSIME, V, 11. 38. — *Novelles de Justinien*, 62.

[13] SYMMAQUE, *Epist.*, X, 33. 50. — L. 2. 5. 9. 14. Th. C., *de senat.* (6, 2).

[14] Tit. Th. C., *de prætor.* (6, 4). — *Nov. Just.*, 105. — *Nov. Leon.*, 94.

[15] Particulièrement à l'affranchissement des esclaves. Tit., D., *de off. cons.* (1, 10).

reur. L'un d'eux résidait à Rome, l'autre à Constantinople. Après Justinien, cette dignité ne fut plus accordée à des particuliers; l'empereur était consul perpétuel [16].

Les *préteurs*, dont le nombre fut encore augmenté, conservèrent une juridiction peu importante; la dignité de *questeur* n'est plus qu'un titre honorifique [17].

Un autre reste de la république est le nom de *patricius*, qui a maintenant une tout autre signification. L'empereur lui-même est le premier patricius de l'empire, et il ne confère ce titre qu'à ceux qui ont rempli les plus hautes fonctions. Des rois étrangers même briguent cet honneur [18].

§ 73. *Les fonctionnaires impériaux.*

Le pouvoir des anciens magistrats était passé dans les mains de l'empereur qui le déléguait à ses fonctionnaires [19]. La hiérarchie dans l'administration était maintenant organisée avec un soin particulier. Les fonctionnaires étaient divisés en plusieurs classes distinctes, et il y avait des dispositions pénales pour prévenir des usurpations de rang [20]. Ordinairement ils étaient nommés pour un temps déterminé, que souvent l'empereur prolongeait [21]. Ils avaient des traitements sur la caisse de l'État [22]. L'almanach de la

[16] Le dernier particulier qui ait été revêtu de cette dignité fut Basile en 541.

[17] L. 1. 16, Th. C., *de prætor.* (6, 4). — L. 1, J. C., *de off. prætor.* (1, 39). — L. 18, J. C., *de præd. minor.* (5, 71). — L. 17, J. C., *de appellat.* (7, 62).

[18] Zosime, II, 40. — Cassiod., *Var.*, VI, 2. — L. 3. 5, C., *de consul.* (12, 3). — Clovis fut nommé (508) *patricius* par l'empereur de Constantinople.

[19] Les sources principales dans cette matière sont les titres du Digeste et des codes Théodosien et Justinien qui traitent des différentes fonctions publiques; puis Lydus, *de magistratibus reip. romanæ;* enfin l'ouvrage d'un auteur inconnu (probablement du Ve siècle), qui contient la liste et les attributions des fonctionnaires de l'empire et porte le titre, *Notitia dignitatum utriusque imperii.* La première édition en fut donnée par Alciat (Lyon, 1529). Pancirole le publia avec un commentaire (Venise, 1593). M. Böcking vient d'en faire paraître une nouvelle édition à Bonn, 1841.

[20] Tit. J. C., *de dignit.* (12, 1). — Tit. Th. C., *ut dignit. ordo serv.* (6, 5). — Tit. J. C., *eod.* (12, 8). — L. 3, C., *de off. quæst.* (1, 28).

[21] Dion Cassius, LIII, 13. 14. — Cassiodore, *Var.*, VI, 3. 39. VII, 2.

[22] L. un. C., *de annonis* (1, 52). — L. 1, § 4. 8. L. 2, § 19, C., *de off. præf. præt. Afr.* (1, 27).

cour publiait tous les ans la liste des fonctionnaires [23], dont voici les principaux.

A. Dans la classe des ILLUSTRES [24], 1° les *préfets du prétoire* (*præfecti prætorio*) [25]. Il y en avait originairement quatre pour les quatre préfectures. La perte de l'Occident en réduisit le nombre à deux, auxquels Justinien en ajouta deux nouveaux par suite des conquêtes qu'il avait faites en Italie et en Afrique. Ils n'ont plus aucune autorité militaire; mais leur pouvoir civil est plus grand qu'auparavant [26]. Ils représentent l'empereur sous tous les rapports et dans toutes les branches de l'administration. Ils jugent en appel et en dernier ressort tous les procès de leur province, et il n'est plus permis d'en appeler à l'empereur [27]. Si les parties croient avoir à se plaindre de leurs décisions, elles n'ont que la *licentia supplicandi* auprès du prince [28].

2. Les *préfets de la ville* (*præfecti urbi*) [29], dont l'un à Rome, l'autre à Constantinople. Leurs fonctions sont à peu près les mêmes que dans l'époque précédente. Ils forment une instance d'appel pour l'Italie et pour les environs de Constantinople; mais il y a recours à l'empereur contre leurs décisions [30]. En outre toutes les administrations des deux villes sont soumises à leur autorité.

3. Les *magistri militum*, dont le nombre, originairement de deux, fut augmenté par la suite, avaient le commandement des armées et exerçaient une juridiction tant criminelle que civile sur leurs inférieurs [31].

Plusieurs autres charges du palais encore donnaient aux fonctionnaires qui en étaient revêtus le caractère d'illustres, par exemple celles de *præpositus s. cubiculi*, de *quæstor s. palatii*, de *magister officiorum*, de *comes largitionum* ou *thesaurorum*, de *comes rerum privatarum* et de *comes domesticorum* [32].

[23] *Laterculus, commentarius principis.* — Fr. 23, D., *ex quibus causis maj.* (4, 6). — Tit. C., *de off. quæstor.* (1, 30).

[24] L. 3, pr. C., *ubi senat. vel clariss.* (3, 24).

[25] Titt. D., 1, 11. — Th. C., 1, 5. 7. — J. C., 1, 26. 27; 12, 4.

[26] CASSIODORE, *Var.*, VI, 3.

[27] L. 1, Th. C., *de appellat.* (11, 30). —L. 19, J. C., *eod.* (7, 62),

[28] L. un. J. C., *de sent. præf. præt.* (7, 42).

[29] Titt. D., 1, 12. — Th. C., 6, 7. — J. C., 1, 28.

[30] LYDUS, *de mag.*, II, 6. — L. 3, C., *de off. præf. urbi* (1, 28). — L. 13. 23, Th. C., *de appellat.* (11, 30). — L. 17, J. C., *eod.* (7, 62).

[31] ZOSIME, II, 33. — Titt. Th. C., 6. 7. — J. C., 1, 29. 12. 4.

[32] Voyez en général Titt. Th. C., 1, 8. 9. 10; 6, 8. 9. 24. 30; 12, 30. — J. C., 1, 30-33; 12, 5. 6. 17.

B. A la classe des SPECTABILES appartiennent [33] les chefs des différents départements ou ministères de la chancellerie impériale, les *magistri scriniorum memoriæ*, *epistolarum ac libellorum* et *dispositionum* (§ 52 note 53) [34]; le chef des greffiers du conseil d'État (*primicerius notariorum consistorii principis*) [35]; les *comites* et *duces rei militaris*, inférieurs immédiats des magistri militum [36]; enfin le *comes Orientis*, les *proconsuls*, le *præfectus Augustalis Ægypti*, les *vicarii*, le *castrensis palatii* [37].

C. Dans la classe des CLARISSIMI se trouvent les *recteurs des provinces*, les *correctores*, les *consulares*, les *præsides* et les *sénateurs* [38].

Au-dessus de ces trois classes sont au premier rang les ILLUSTRISSIMI OU NOBILISSIMI, c. à d. les membres de la maison impériale et ceux auxquels l'empereur a conféré cette dignité. Après eux et avant les trois classes de fonctionnaires viennent les *patricii* (*excelsi viri, sublimis honor*). Les consuls s'appellent *excellentissimi* [39]. Les illustres avaient le privilége de ne pouvoir être jugés que par l'empereur même [40].

Le *consistorium principis,* dont l'origine remonte au temps d'Adrien, est maintenant d'une plus grande importance. Il est organisé d'une manière stable et régulière, et se compose des grands dignitaires de l'empire, de conseillers appelés *comites consistoriani,* et de *notarii* faisant fonctions de greffiers avec leurs chefs, le *primicerius* et *secundicerius notariorum* [41].

Le clergé intervient également dans l'administration civile. Les empereurs sont considérés comme les chefs et les patrons de l'Église [42]; mais en revanche ils accordent de nombreux priviléges aux prêtres [43]. Longtemps les évêques jugeaient les crimes de leurs

[33] L. un. pr. C., *ut omnes jud. tam civ.* (1, 49).

[34] Titt. J. C., 12, 9. 19.

[35] Titt. Th. C., 6, 10. — J. C., 12. 7. — LYDUS, *de mag.*, III, 11.

[36] Titt. Th. C., 6, 14. — J. C., 1, 47; 12, 12.

[37] Voyez Titt. Th. C., 1, 12-15 (6). — J. C., 1, 35-38. — Th. C., 6, 32.— J. C., 12. 36.

[38] Voyez Titt. Th. C., 1, 16 (7). J. C., 1, 40. — CASSIOD., *Var.*, III, 27. VI, 20. — L. 8-11. 14. J. C., *de dignit.* (12, 1).

[39] L. 3, J. C., *de consulibus* (12, 3).

[40] L. 3, J. C., *ubi senat. vel clariss.* (3, 24).

[41] Titt. Th. C., 6, 10. — J. C., 12, 7. — CASSIOD., *Var.*, VI, 16. — LYDUS, III, 9.

[42] *Nov. Theod. et Valentin.*, tit. XVII.

[43] L. 2. 26, Th. C., *de episc. et cler.* (16, 2). Voyez en général ce titre et le même titre du code de Justinien, 1, 3.

inférieurs, et exerçaient une juridiction civile tant sur les prêtres que sur les laïques qui s'adressaient à eux (*audientia episcopalis*) [44].

ÉTAT DES PERSONNES.

§ 74.

Depuis Caracalla, la grande division en *citoyens, latins* et *étrangers* avait perdu presque toute importance(§53). Justinien l'abolit entièrement et finit même par assimiler les affranchis aux ingénus [45]. Dans le droit nouveau, il n'y a donc plus que des hommes libres et des esclaves. Tous les sujets libres de l'empire ont le droit de cité [46].

Mais il s'était formé insensiblement un état particulier de personnes, les *coloni* [47]. Les premières traces de cette institution se trouvent au commencement du troisième siècle de l'ère chrétienne [48]; mais ce n'est guère qu'après Constantin qu'elle acquiert quelque importance. Anciennement le mot *colonus* signifiait tout simplement fermier; aussi les colons dont il s'agit ici sont-ils originairement fermiers, mais ils se trouvent dans un état de dépendance personnelle qui les fait ressembler aux anciens clients de Rome, ou plus encore aux serfs du moyen âge. Il n'est pas sans vraisemblance que le colonat doit son origine aux conquêtes des barbares et à l'influence que les mœurs de ces nations exerçaient sur les Romains. En effet, c'est principalement dans la Gaule, la Thrace et l'Illyrie, provinces frontières de l'empire, que nous trouvons cette institution [49]; et le principe qui la régit et d'après lequel

[44] L. 3, Th. C., *de fide cath.* (16, 1).—L. 41, Th. C., *de episc. et cler.* (16, 2). — L. 1, Th. C., *de religiosis* (16, 12). — *Nov. Valent.*, tit. XXV, 1. — Tit. J. C., *de episc. audientia* (1, 4). V. ci-après note 81.

[45] Tit. C., *de dedit. libert. toll.* (7, 5).— Tit. C., *de latina libert. toll.* (7, 6). — § 3, I., *de libertinis* (1, 5).

[46] Mais nous trouvons des constitutions qui privent de certains droits les habitants de l'une ou l'autre province. Ainsi les habitants de Carthage et d'Égypte sont déclarés incapables de remplir des fonctions publiques. L. 21, Th. C., *de paganis* (16, 10).

[47] Voyez en général Titt. Th. C., 5, 9. 10. 11. — Titt. J. C., 11, 47. 49. 50. 51. 52. 62. 63. 67. 68.

[48] Paul, *S. R.*, III, 6, 48. — (Ulpien), Fr. 4, § 8, D., *de censibus*, 50, 15. — (Marcianus), Fr. 112, pr. D., *de leg.* I, (30).

[49] *Lex Romana Burgund.* Titt., 6. 14. — L. 13. 14, J. C., *de agricolis* (11, 47). — Titt. J. C., *de colonis Thracensibus* (11, 51); *de colonis Illyricia-*

un droit de domination ou de soumission personnelle peut être attaché à un fonds, est entièrement étranger aux idées romaines, tandis qu'il se retrouve dans beaucoup d'autres institutions germaniques. Les colons étaient, à la vérité, libres, mais on les considérait, eux et leurs descendants, comme attachés au fonds qu'ils cultivaient [50]. Le seigneur les revendiquait comme accessoire du fonds, et la vente de ce dernier les faisait passer en la même qualité au nouvel acquéreur [51]. Toutefois on reconnaissait aux colons la faculté de contracter mariage, et même, sous quelques restrictions, le droit d'acquérir [52]. La qualité de colon était héréditaire; bientôt on admit également que le seigneur pût acquérir comme colons des hommes libres au moyen de la prescription; souvent aussi des cultivateurs pauvres se soumettaient volontairement à ce joug; enfin on y condamnait les vagabonds et les mendiants [53]. Dans le principe, les colons pouvaient reprendre leur indépendance par prescription, mais Justinien abolit ce mode de libération; l'affranchissement n'est pas admis non plus et le seul moyen de sortir de cet état, que nous trouvions dans nos sources de droit, est la dignité épiscopale [54].

Depuis les empereurs chrétiens, une distinction importante des personnes est fondée sur la différence de religion. Il n'y a que les membres de l'Église orthodoxe qui jouissent de la plénitude des droits politiques et civils. Les païens, les hérétiques, et surtout les apostats, sont privés de plusieurs droits et menacés en outre de peines plus ou moins sévères [55]. Les juifs sont exclus des fonctions

nis (11, 52). Il est vrai qu'il se trouve des colons aussi dans d'autres provinces, par exemple en Palestine; mais le texte même de la constitution de Valentinien et Théodose, qui traite de ces colons semble indiquer que l'institution n'y a été introduite que plus tard et par analogie. Tit. J. C., *de colonis Palæstinis* (11, 50).

[50] C'est pourquoi on les appelait *originarii, adscriptitii.* L. 1, Th. C., *de inquilinis* (5, 10). — L. 23, pr. J. C., *de agricolis* (11, 47).

[51] L. 7, J. C., *de agricolis* (11, 47). Il était même défendu de vendre le fonds sans les colons, ou les colons sans le fonds. *Nov. Valentin.*, tit. IX. — L. 2. 21, in f. J. C., *de agricolis* (11, 47).

[52] L. 24, J. C., *de agricolis* (11, 47). — *Nov. Valentin.*, tit. IX. — L. 1, Th. C., *ne colonus* (5, 11). — L. 2, J. C., *in quibus causis coloni* (11, 49).

[53] L. 1, Th. C., *de inquil.* (5, 10). — L. 18. 23, § 1, J. C., *de agricolis* (11, 47).—*Nov. Valentin.*, tit. IX.— L. 1, C., *de mendic. valid.* (11, 25).

[54] L. 21, J. C., *de agricolis* (11, 47). — L. 1, Th. C., *de inquil.*, (5, 10.) — *Nov. Valent.*, tit. IX. — L. 23, pr. J. C., *de agricolis* (11, 47). — L. 11. 16. 27, pr. J. C., *de episcopis* (1, 3). — Nov. 123, c. 4. 17.

[55] Titt. J. C., 1, 5-11. Voyez une nomenclature d'hérétiques dans la L. 5, C., *de hæret. et manichæis* (1, 5).

publiques, mais on les admet au barreau et dans les conseils municipaux (voy. § 76 note 69) [56].

ADMINISTRATION DE L'EMPIRE.

§ 75. *Rome et Constantinople.*

Déjà vers la fin de l'époque précédente, l'administration de l'empire était devenue plus uniforme. La ville de Rome est descendue au rang d'une simple capitale. Elle est soumise à un fonctionnaire de l'empereur, le *préfet de la ville*, qui y exerce la juridiction criminelle, et a même le droit de prononcer la peine capitale [57]. Il est en même temps juge d'appel dans les affaires civiles que les préteurs jugent en première instance. Contre ses décisions il n'y a point d'autre moyen légal que le recours à l'empereur (voyez § 73) [58]. La police est particulièrement exercée par le *præfectus vigilum*, qui juge également les contraventions y relatives [59]. Le sénat forme pour ainsi dire le conseil communal. Les finances de la ville ne sont plus confondues avec celles de l'État; la caisse communale est administrée par des *questeurs* sous la surveillance du sénat [60].

La ville de Constantinople reçut la même organisation que l'ancienne métropole.

Une fonction très-importante dans les deux capitales était celle du *præfectus annonæ*, qui, avec le préfet de la ville, était chargé des approvisionnements [61]. Les provinces étaient tenues de fournir une contribution de céréales pour satisfaire aux besoins des deux villes (*canon frumentarius*). Un préfet particulier, résidant à Carthage, surveillait les expéditions de grains à faire pour Rome; un autre, résidant à Rome, surveillait celles à faire pour Constantinople [62].

[56] L. 16. 24, Th. C., *de Judæis* (10, 8). — Fr. 3, § 3, D., *de decur.* (50, 2), etc.

[57] L. 1, C., *de off. præf. vigil.* (1, 43). — *Nov.* 13, c. 6.

[58] L. 1. 7, C., *de appellat.* (7, 62). — Fr. 1, § 1, D., *de off. præf. præt.* (1, 11). — L. 16. 30. 57, Th. C., *de appell.* (11, 30). — *Nov.* 82, c. 12.

[59] Cassiodore, *Var.*, VII, 7. — Tit., C., *de off. præf. vigil.* (1, 43).

[60] Il paraît cependant que la caisse communale est encore appelée arca quæstoria ou ærarium populi Romani. Symmaque, *Epist.*, X, 40. 57.

[61] L. 5, Th. C., *de off. præf. urbi* (1, 28). — Cassiod., *Var.*, VI, 18.

[62] L. 13, Th. C., *de annon.* (11, 1). — L. 3, Th. C., *de susceptor.* (12, 6). — Titt., Th. C., *de can. frum.* (14. 15). — J. C., *eod.* (11, 22).

§ 76. *Organisation des villes.*

L'Italie avait déjà perdu vers la fin de l'époque précédente la plupart de ses priviléges. Les changements introduits par Adrien (§ 56) l'avaient presque assimilée aux provinces sous le point de vue administratif, d'autant plus que les villes provinciales reçurent également par la suite une organisation municipale.

Depuis qu'elle forme avec la Sicile l'une des quatre préfectures de l'empire, son administration ne diffère plus du tout de celle des autres provinces.

Déjà Maximin l'avait privée de l'immunité d'impôts dont elle avait joui auparavant [63]. Depuis, cette exemption n'existe plus que pour les villes qui obtiennent par fiction le jus italicum, droit qui confère en outre au territoire auquel il est accordé le privilége de la propriété romaine (voy. §§ 32 et 56). Cette dernière partie du jus italicum, au reste, perdit toute son importance sous Justinien, qui étendit la même disposition à toutes les provinces de l'empire [64].

En général, l'administration des provinces fut mieux organisée. D'abord le régime municipal est appliqué à toutes les villes. A la tête du conseil communal (*ordo decurionum*) se trouvent des magistrats ordinairement appelés *duumviri*, qui conservent pendant quelque temps une certaine juridiction. Vers la fin du quatrième siècle, ils n'ont plus que le droit de recevoir des actes [65]. Un *pater* ou *curator civitatis* a l'administration des biens communaux. En outre nous trouvons des quinquennales, des decemprimi ou principales, des édiles et d'autres fonctions ou dignités dans le corps des décurions [66]. On devenait décurion soit par la naissance, ce qui constitue à la fin une espèce de noblesse municipale qu'on oppose aux autres bourgeois (*plebeii*), soit par élection. Mais quand le despotisme eut anéanti toute vie publique, la dignité de décurion fut

[63] Aurel. Victor, *de Cæsar.*, 39.

[64] L. un. C., *de nudo jure Quirit. toll.* (7, 25). — L. un. C., *de usuc. transf.* (7, 31). — § 40, I., *de rer. div.* (2, 1), et Théophile, ad h. l.

[65] L. 1. 3, Th. C., *de repar. appell.* (11, 31). — Tit., J. C., *de magistr. municip.* (1, 56). Dans les Gaules il paraît que les duumviri étaient remplacés par un principalis. L. 171, Th. C., *de decur.* (12, 1).

[66] Voyez en général M. de Savigny, *Hist. du droit romain au moyen âge*, tome I, chap. II. — Raynouard, *sur l'administration municipale de la France.* Paris, 1828.

moins ambitionnée; bien plus, on cherchait à se soustraire à des fonctions qui exposaient ceux qui en étaient revêtus aux charges les plus onéreuses. « Les plébéiens refusaient d'entrer dans cet ordre, et les décurions tentaient tous les moyens de se soustraire à leur dignité. En vain plusieurs cherchaient un refuge dans le service militaire, et même dans l'esclavage; on les en arrachait pour les rendre à la curie [67]. On condamnait les criminels à entrer dans l'ordre des décurions, bien que les lois impériales l'eussent d'abord défendu [68]. Les juifs et les hérétiques y étaient admis; ce ne fut que depuis Justinien qu'ils furent soumis aux obligations de cette charge sans en avoir les prérogatives [69]. Des priviléges de toutes sortes étaient offerts à ceux qui entraient volontairement dans la curie : l'enfant naturel, par exemple, acquérait ainsi les droits de la légitimité [70]. Cette défaveur qui pèse sur la charge des décurions s'explique aisément par les fonctions pénibles qui leur étaient imposées, et par la grande responsabilité dont ils étaient frappés. Ils étaient particulièrement exposés aux exactions des gouverneurs et personnellement responsables des contributions arriérées [71]. C'étaient encore eux qui devaient recevoir les grands personnages et faire des cadeaux à l'empereur et aux fonctionnaires. Pour s'assurer de leur solvabilité, on leur défendait d'aliéner leurs immeubles; enfin ils étaient pour ainsi dire inféodés à la curie, et quand ils mouraient sans héritiers, c'était la curie qui succédait dans leurs biens [72].

Depuis Valentinien I, nous trouvons de nouveaux magistrats municipaux, appelés *defensores civitatum* ou *plebis*. Ils étaient choisis par les bourgeois; leurs fonctions consistaient particulièrement à protéger ces derniers contre les oppressions des supérieurs et surtout des gouverneurs. Ils avaient également la juridiction criminelle des délits de peu d'importance et une juridiction civile dont Justinien fixa la compétence à 300 écus d'or [73].

Il y a même un simulacre d'organisation provinciale. Les notables d'une province, même d'un diocèse, avaient le droit de s'assem-

[67] L. 10. 11. 13. 22, Th. C., *de decur.* (12, 1).

[68] L. 66. 108, Th. C., *eod.*

[69] L. 99. 165. 157, Th. C., *eod.* — *Nov.*, 45.

[70] De Savigny, *Hist. du dr.* R., t. I, pag. 22 et suiv. trad. de M. Guenoux.

[71] L. 6, Th. C., *de episc.* (16, 2).

[72] Titt., Th. C., 5, 2; 12, 3. — J. C., 6, 62; 10, 33. 34. — *Nov.* 38. 70. — Cassiodore, *Var.*, VII, 47.

[73] Titt., Th. C., *de defensor.* (1, 11). — J. C., *eod.*, 1, 55. — *Nov.* 55.

bler (*concilia*), de délibérer sur les besoins du pays, et de faire connaitre à l'empereur leurs vœux, pourvu que le préfet du prétoire eût préalablement approuvé et admis leur requête [74].

Mais tous ces droits et priviléges n'étaient qu'illusoires, et venaient se briser devant l'autorité arbitraire des gouverneurs, qui réunissaient en leurs mains tout le pouvoir administratif et judiciaire.

§ 77. *Administration de la justice.*

La juridiction tant civile que criminelle appartenait au gouverneur de la province. Dans les affaires civiles, il renvoyait ordinairement l'instruction à un judex (*judex pedaneus*) [75]. Dans des cas exceptionnels, il instruisait et jugeait à la fois lui-même (*extraordinariæ cognitiones*). Ce dernier mode de procédure avait déjà été d'un usage très-fréquent vers la fin de l'époque précédente (§ 56). Dioclétien le rendit général pour l'empire, en ordonnant que dorénavant tous les procès seraient jugés en entier par le même magistrat, savoir par le præses de la province, lequel cependant, pour de justes motifs, pouvait remettre l'examen de l'affaire à un sous-juge qui alors jugerait au lieu et place du magistrat [76]. De cette manière s'établirent insensiblement des judices pedanei perpétuels, et même des colléges entiers composés de pareils juges [77].

Il y avait appel de leurs décisions au gouverneur qui les avait délégués [78]. Un recours ultérieur était ouvert auprès des proconsuls ou autres fonctionnaires supérieurs; et en dernier ressort, auprès du préfet du prétoire. (Voy. § 73 note 27).

Les règles sur la compétence étaient cependant loin d'être uniformes. Ainsi nous avons vu que les duumviri avaient pendant quelque temps une juridiction contentieuse que les défenseurs des cités possédaient encore sous Justinien. On appelait de leurs sentences au gouverneur de la province [79]. En outre il y avait des dispositions particulières pour certaines parties de l'empire, et pour

[74] L. 1. 3. 4. 6-14. 16, Th. C., *de legatis* (12, 12).

[75] Théophile, ad pr., I., *de interd.* (4, 15). — Lydus, *de magistr.*, III, 8. — Les magistrats des municipes agissaient de même. Fr. 8. 13, pr. § 1, D., *de jurisdict.* (2, 1). — Fr. 26, pr. Fr. 28. 29, D., *ad munic.* (50, 1).

[76] L. 2. 5, C., *de pedan. judic.* (3, 3).

[77] L. 4, Th. C., *de excus. artif.* (13, 4). — L. 6, pr. J. C., *de adroc. div. judic.* (2, 8). — *Nov.*, 82.

[78] L. 1, 3, Th. C., *de repar. appellat.* (11, 31).

[79] *Nov.*, 15. c. 5.

certaines classes de citoyens. Les illustres ne pouvaient être jugés criminellement que par l'empereur, les sénateurs ne reconnaissaient d'autre juridiction que celle du préfet de la ville [80]. Les évêques jugeaient les délits ecclésiastiques de leurs inférieurs, et Justinien voulut même que toute action civile contre un ecclésiastique fût d'abord portée devant le tribunal épiscopal [81]. Les soldats étaient soumis à la juridiction de leurs chefs en matière criminelle; en matière civile, ces derniers étaient également juges compétents quand les deux parties appartenaient à l'état militaire, ou quand, le défendeur étant soldat, le demandeur agréait à la juridiction militaire [82].

§ 78. *Des finances.*

Il y a deux trésors, celui de l'État (*ærarium sacrum*), et celui de la couronne (*ærarium privatum, fiscus*).

Ce dernier est administré par le comes rei privatæ, et comprend tant les biens propres de la maison impériale que les domaines de la couronne [83]. Le fisc reçoit en outre les amendes prononcées contre des particuliers, ainsi que les biens confisqués et vacants [84].

La caisse de l'État est confiée au comes largitionum. Ses ressources se composent particulièrement des revenus de l'impôt foncier et des contributions personnelles. L'empire entier est maintenant soumis à l'impôt foncier, sauf toutefois les villes qui en sont nommément exemptées [85]. Pour faciliter la levée de cet impôt, on a dressé un cadastre complet, en divisant le territoire en parcelles d'un égal rapport, *jugum* ou *caput;* de là le nom de l'impôt même,

[80] Tit. C., *ubi senatores vel clarissimi* (3, 24).

[81] La législation a beaucoup varié sur les attributions judiciaires de l'autorité ecclésiastique. Voyez Sozomène, I, 9. — L. 12. 23. 41. 47, Th. C., *de episc.* (16, 2). — L. 1, Th. C., *de relig.* (16, 11). — *Nov. Valent.*, tit. XII. — L. 25. 33, J. C., *de episcop.* (1, 3). — Tit. J. C., *de episc. audientia* (1, 4). — *Nov.* 79. 83. 123.

[82] L. 2 (1), Th. C., *de jurisd.* (2, 1). — L. 2, J. C., *de off. judic. milit.* (1, 46). — L. 6, J. C., *de jurisd.* (3, 13).

[83] Cette distinction se trouve établie dans nos sources (*fundi patrimoniales, fundi rei privatæ.* Gothofr., *Parat. ad* Th. C., X, 3); mais elle n'avait guère d'importance pratique, puisqu'il dépendait du bon plaisir de l'empereur de la maintenir ou de l'abolir.

[84] Gothofr., *Paratit. ad* Th. C., IX, 8. 9. 42.

[85] C'est-à-dire les villes qui ont obtenu le jus italicum. L'Italie même est soumise à l'impôt foncier. (Voyez § 76 note 63.)

jugatio ou *capitatio* [86]. Tous les ans un édit de l'empereur fixait la somme pour laquelle chaque parcelle devait être imposée (*indictio*); mais il parait que le gouverneur avait, le cas échéant, le droit d'ajouter des centimes additionnels (*supraindictio*) [87].

Les sujets qui ne payaient point de contribution foncière étaient soumis à un impôt personnel (*capitatio humana* ou *plebeia*). On les appelait *tributarii,* en opposition aux *possessores* qui payaient l'impôt foncier. Cette contribution frappait particulièrement les ouvriers et les artisans. Les colons la devaient également, car la contribution foncière des terres qu'ils cultivaient était à la charge des seigneurs; ces derniers étaient même tenus de l'impôt personnel des colons, sauf à se le faire rembourser [88].

En outre, on exigeait régulièrement des prestations de céréales en nature, et l'on faisait parfois des réquisitions [89]. Nous avons parlé dans un autre endroit des cadeaux que les magistrats, les sénateurs et les villes étaient obligés de faire à l'empereur dans beaucoup d'occasions (*aurum coronarium*) [90].

La plupart des contributions indirectes qui avaient été créées antérieurement, continuèrent d'exister. Cependant il y eut quelques changements. Anastase abolit les droits de patente qui avaient été extrêmement onéreux [91], Justinien renonça aux caduca, qui avaient formé une source considérable de revenus pour le fisc [92].

Les mines étaient en partie exploitées par l'État, en partie affermées à des particuliers; les salines étaient toutes données à ferme [93]. La levée des droits de douane et de péage était également laissée à ferme aux publicains [94].

[86] Amm. Marcell., XVI, 5. — L. 3, Th. C., *de milit. veste* (7, 6). — L. 1, Th. C., *de impon. lucrat. descript.* (12, 4). — *Nov. Majoriani,* tit. VII, c. 1, § 16. — *Nov. Valentin.,* tit. V, § 4.—Walter, *Gesch. d. R. R.,* pag. 407. et suiv. et préface, page XI.

[87] Gothofr., *Paratit. ad* Th. C., XI, 1. 5. — Tit. Th. C., *de superindicto* (11, 6).— Tit. J. C., *de superindicto* (10, 18). — *Nov.* 128, c. 7. 8.

[88] L. 14. 26, Th. C., *de annona* (11, 1).

[89] Gothofr., *Parat. ad* Th. C., XI, 1.—Titt. Th. C., 11, 15.—J. C., 10, 27.

[90] Symmaque, *Epist.*, X, 33. 50. — L. 5. 9. 14. Th. C., *de senator.* (6, 2). Titt. Th. C., 12, 13. — J. C., 10, 74.

[91] Evagr., *Hist. eccles.,* III, 39.

[92] L. un. C., *de caducis tollendis* (6, 51).

[93] Cassiodore, *Var.,* VI, 7. — L. 11, C., *de vectig.* (4, 61). — Gothofr., *Parat. ad* Th. C., X, 19.

[94] L. 1, Th. C., *de vectigal.* (4, 12).

SECTION DEUXIÈME.

SOURCES DU DROIT.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 79.

Le droit continue de se développer en suivant la tendance que nous avons fait observer dès le milieu de la seconde époque. Les principes du jus gentium finissent par triompher dans presque toutes les branches du droit privé. La grande mesure de Caracalla, comme nous l'avons déjà fait observer (§§ 53, 58), tout en étendant l'empire du droit civil romain, dut nécessairement favoriser la réaction des droits provinciaux sur la législation dominante. Il paraît même que déjà l'organisation sociale de l'empire commençait à se ressentir de l'influence des mœurs et coutumes des nations barbares. L'analogie du colonat avec le servage du moyen âge est incontestable [95]; et nous trouvons dans le sein de la famille même une institution nouvelle, la *donatio propter nuptias,* qui menace de substituer à l'ancien droit matrimonial un système que nous voyons développé dans les coutumes germaniques [96].

On aurait pu s'attendre à ce que le christianisme produirait une régénération complète de la société, et amènerait par là des réformes radicales dans la législation, d'autant plus que les empereurs prennent un soin particulier de tout ce qui regarde l'Église, et invoquent fréquemment les préceptes divins dans les motifs dont ils font précéder leurs ordonnances [97]. Cependant, en examinant de près les lois de l'époque, on demeure convaincu que l'es-

[95] Voyez ci-dessus § 74, note 49.

[96] Voyez ci-après livre IV, titre I.

[97] Dans les temps modernes on s'est plu à exagérer l'influence du christianisme sur la législation romaine, comme dans les siècles derniers on exagérait l'influence de la philosophie stoïcienne. Tout récemment M. Troplong a lu à l'Académie des sciences morales et politiques une brillante dissertation dans laquelle il cherche à établir que l'action du christianisme a été très-puissante sur presque toutes les parties du droit romain. Le plan de notre livre, qui avant tout est élémentaire, ne nous permet pas de rencontrer tous les arguments que les partisans de cette opinion font valoir. Nous avons dû nous borner à relever

prit du christianisme n'a guère pénétré dans la législation. Nous ne pouvons entrer ici dans les détails; mais un coup d'œil rapide sur les différentes institutions du droit privé suffira pour montrer que les réformes que l'on y introduit sont en général dues à une tendance depuis longtemps suivie, et que l'action du christianisme a été très-bornée et son influence peu énergique.

Quant à la propriété, aux obligations et aux moyens de poursuivre et protéger les droits, on ne fait que suivre la marche progressive dont les premières traces se trouvent déjà sous la république. C'est dans la partie de la législation qui règle la condition des personnes, qu'on aurait pu attendre des réformes radicales du triomphe de la nouvelle religion. Or l'action du christianisme n'est pas même assez forte pour faire dominer le dogme de l'égalité. L'esclavage subsiste toujours. Il est vrai que nous trouvons quelques ordonnances qui pouvaient avoir pour effet de restreindre quelque peu le nombre des esclaves; mais on ne soutiendra certes pas que des dispositions, comme celle qui défend aux hérétiques et aux juifs d'avoir un esclave chrétien [98], tandis qu'il reste libre aux chrétiens d'avoir autant d'esclaves qu'ils veulent, aient été dictées par un esprit chrétien. Et s'il est vrai qu'après Constantin la loi accorde la liberté aux esclaves qui dénoncent certains crimes de leurs maitres [99], on ne doit pas oublier que la constitution la plus humaine à cet égard est due à un empereur païen, savoir celle qui rend libre l'esclave que son maitre a abandonné pour cause de maladie ou de vieillesse [100]. Enfin si nous recherchons les réformes qui avaient pour but d'apporter quelques adoucissements au sort

quelques points sur lesquels ils s'appesantissent ordinairement le plus. Mais nous n'hésitons pas à assurer que les renseignements historiques dont nous ferons précéder l'exposé dogmatique des différentes institutions du droit privé fourniront au moins implicitement la preuve que le développement du droit romain s'est constamment fait d'après les mêmes principes, et que *presque toutes* les réformes réalisées dans le droit de Justinien étaient naturellement amenées par suite de ce développement successif, sans qu'il fût besoin d'aucune influence extérieure.

[98] L. 1, Th. C., *ne christian. mancip.* (16, 9). —L. 1. 2, J. C., *ne christian. mancip.* (1, 10).

[99] La liberté est accordée à l'esclave qui dénonce les crimes de rapt, de fabrication de fausse monnaie et de désertion. (L. 1, Th. C., *de raptu*, 9. 24. — L. 2, Th. C., *de falsa moneta*, 9, 21. — L. 4, Th. C., *de desertor.*, 7, 18. — L. 2. 3. 4, J. C., *pro quibus causis*, 7, 13.)

[100] Suétone, *Claude*, 25. — Dion Cassius, LX, 29. — L. un., § 3, C., *de latina libert. toll.* (7, 6).

des esclaves, nous trouvons qu'elles émanent presque toutes des empereurs païens [1].

La puissance paternelle, à la vérité, fut considérablement restreinte; mais il est facile de prouver qu'elle avait subi des modifications importantes déjà vers la fin de la république, et que l'extension successive qui fut naturellement donnée à ces modifications aurait dû amener les mêmes résultats sans qu'il fût besoin de l'intervention du christianisme [2]. Ce n'est guère que dans la législation sur le mariage que les doctrines de l'Église ont exercé une influence marquée. Le célibat, qui, dans l'ancien droit, avait été considéré comme contraire aux devoirs du citoyen, fut favorisé; la législation relative aux empêchements au mariage fut modifiée; on chercha à prévenir les secondes noces et le concubinage; le divorce fut rendu plus difficile [3]. Toutefois, nous verrons ci-après que, même dans ces matières, les empereurs ont obéi moins à des principes constants et rigoureux qu'à des influences et à des inspirations quelquefois peu louables, et que souvent les véritables motifs qui les ont guidés ne sont pas plus conformes à l'esprit du christianisme que ceux qui ont dicté les lois cruelles contre les hérétiques et les apostats [4], et les constitutions absurdes qui, sous des prétextes religieux, infligent des peines atroces pour des actes au moins indifférents [5].

[1] Nous nous bornons ici à mentionner la loi Petronia des premiers temps de l'empire, qui défend aux maîtres de faire combattre leurs esclaves contre les bestiaux. (Fr. 42, D., *de contrah. emt.*, 18, 1. — Fr. 11, § 1. 2, D., *ad leg. Corn. de sicariis*, 48, 8.) Dans le courant de l'ouvrage, nous aurons l'occasion de signaler de nombreuses constitutions d'empereurs païens, ayant pour but d'améliorer le sort des esclaves, tandis qu'on ne peut guère citer de la part des empereurs chrétiens qu'une seule ordonnance de Constantin (L. 1, Th. C., *de emendat. servor.*, 9, 12), laquelle au reste ne contient que l'extension d'un principe déjà établi par Antonin le Pieux.

[2] Cic., *de legibus*, III, 8. — Denys d'Hal., II, 15. — Paul, *S. R.*, V, 1, 1. — Fr. 5, D., *si a parente* (37, 12). — Fr. 5, D., *de lege Pomp. de parric.* (48, 9). « Nam patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere. » — Fr. 2, D., *ad leg. Corn. de sicariis* (48, 8). — Fr. 9, § 3, D., *de off. procons.* (1, 16). — L. 3, J. C., *de patria potestate* (8, 47).

[3] Voyez ci-après livre IV, titre I.

[4] Voyez ci-dessus § 74, note 55. Il serait trop fastidieux d'énumérer ici toutes les dispositions législatives contre les hérétiques.

[5] Il est difficile de faire un choix dans le grand nombre de constitutions de ce genre. Nous nous bornons à traduire une ordonnance de l'empereur Léon VI, dit le Philosophe, contre les charcutiers et les consommateurs de boudins noirs. *Nov. Leonis* 58. « Dans le temps Dieu ordonna au législateur Moïse de ne point manger

§ 80.

Avant d'exposer les travaux législatifs de l'époque, nous récapitulerons brièvement les sources du droit que les époques précédentes ont léguées à l'empire.

Les *lois* de la république et du commencement de l'empire forment toujours la base du droit civil ; mais le pouvoir législatif n'appartient plus au peuple ; ce sont les empereurs qui l'exercent. Depuis le milieu de l'époque précédente, nous ne trouvons pas non plus de *sénatus-consultes* relatifs au droit privé. Les préteurs ne publient plus d'*édits;* mais les dispositions reçues des édits antérieurs sont appliquées et développées par la science et par la pratique. *La jurisprudence des tribunaux* (*auctoritas rerum perpetuo similiter judicatarum*) conserve son autorité. L'ancien *droit coutumier* (*mores majorum*) s'est essentiellement modifié et cède devant l'influence toujours croissante du *jus gentium*.

Il n'y a que la *science* et les *constitutions des empereurs* qui agissent sur le développement du droit. Toutefois l'action de la première est faible et disparait presque entièrement devant le nombre et l'importance des ordonnances impériales.

Depuis Alexandre Sévère, l'art de la jurisprudence, porté à son plus haut degré, commence à décliner [6]. Il n'y a que deux jurisconsultes de cette époque dont nous trouvions des fragments dans la collection de Justinien, savoir Hermogénien et Aurelius Arcadius

du sang, et les hérauts de la grâce ont prescrit de s'abstenir de cet aliment. Et alors que cet usage coupable est repoussé à la fois par l'ancienne loi de grâce et par la nouvelle, les hommes en sont venus à ce degré d'outrecuidance, voire même de démence, qu'ils ne prêtent une oreille obéissante à aucune de ces deux lois. Au contraire, les uns par amour du lucre, les autres par gourmandise, méprisent impudemment ce précepte et se font une nourriture du sang, aliment prohibé. Car il est arrivé à nos oreilles que, *l'introduisant dans des intestins, comme dans des tuniques,* ils le permettent à leur estomac comme un mets habituel. Notre Majesté considérant, etc..., nous ordonnons que personne n'ose commettre ce sacrilége, ni pour son usage propre, ni pour souiller les acheteurs d'un aliment impie; et sache *quiconque* (*acheteur ou vendeur*) *sera surpris dorénavant mépriser le précepte divin, et se faire du sang un aliment, qu'il sera condamné à la confiscation de ses biens, et après avoir été sévèrement fouetté jusqu'au sang et rasé honteusement par tout le corps, il sera puni d'un exil perpétuel*, etc. »

[6] Nous trouvons dans Ammien Marcellin, XXX, 5, un tableau peu flatteur qui nous montre combien peu les jurisconsultes, et particulièrement les avocats, étaient estimés.

Charisius, tous deux sous Constantin, auxquels on ajoute souvent Julius Aquila, qui probablement appartient au siècle précédent. Moins l'époque produisit d'hommes distingués, plus on dut nécessairement recourir aux grands jurisconsultes des siècles derniers. On leur attribua une autorité excessive, et il parait que leurs ouvrages étaient presque assimilés aux dispositions législatives [7]. Aussi commence-t-on à composer des recueils dans lesquels se trouvent réunies et classées, d'après l'ordre des matières, les opinions des jurisconsultes classiques sur les différentes parties de la législation. Nous possédons quelques-uns de ces ouvrages, savoir :

1° Des fragments importants d'une collection de passages de jurisconsultes et de constitutions des empereurs, faite probablement du temps de Théodose II. Ce que nous en connaissons se compose de sept titres (ex empto et vendito, de usufructu, de dotibus et re uxoria, de excusatione, quando donator intelligatur revocasse donationem, ad legem Cinciam, de cognitoribus et procuratoribus). Ces fragments furent trouvés dans la bibliothèque du Vatican par M. Angelo Maï, et publiés en 1823. On les cite ordinairement sous le titre de *Vaticana juris romani fragmenta* [8].

2° *Lex Dei* s. *Mosaicarum et Romanarum legum collatio*, conférence du droit mosaïque avec le droit romain. L'ouvrage est divisé en 16 titres. A la tête de chaque titre se trouve un chapitre dans lequel l'auteur expose la législation des Hébreux sur telle matière, « Moises dicit » ; suivent alors des fragments de jurisconsultes ou des constitutions impériales qui contiennent les dispositions du droit romain sur la même matière. Cette compilation n'a aucune valeur scientifique ; mais nous lui devons la conservation de quelques passages remarquables [9].

3. Un recueil de *responsa* d'un auteur inconnu qui vivait probablement au commencement du sixième siècle. Il contient des avis motivés sur des passages tirés d'ouvrages de jurisconsultes et sur des constitutions impériales, et est connu sous le nom de *consultatio veteris jurisconsulti* [10].

[7] Voyez ci-après, obs. 1.

[8] La première édition en fut publiée par M. Maï, à Rome, en 1823; presque simultanément parurent deux autres éditions, l'une à Paris, 1823; l'autre à Berlin, 1824.

[9] P. Pithou publia en 1573 la première édition de la *Collatio* d'après un manuscrit qu'on n'a pas retrouvé. Depuis, MM. Blume et Lancizolle ont découvert deux autres manuscrits, le premier à Vercelli, l'autre à Vienne en Autriche. M. Blume en a publié une nouvelle édition, Bonn, 1838.

[10] Première édition de Cujas, 1577.

L'autorité attribuée aux anciens jurisconsultes était si grande, que les empereurs se crurent obligés de régler par des dispositions législatives l'usage qu'on devrait faire en justice de leurs ouvrages. Constantin publia deux constitutions, dont l'une infirme les notes de Paul et d'Ulpien sur Papinien [11], dont l'autre permet de citer en justice les autres ouvrages de Paul et surtout ses Libri sententiarum [12]. Mais la pièce la plus curieuse est la constitution de Théodose II, ou de Valentinien III, qu'on appelle assez improprement la loi des citations [13]. Par cette ordonnance l'empereur n'ac-

[11] L. 1, Th. C., *de respons. prud.* (1, 4). « Perpetuas prudentium contentiones eruere cupientes Ulpiani ac Pauli in Papinianum notas, qui, dum ingenii laudem sectantur, non tam corrigere eum, quam depravare maluerunt, aboleri præcipimus. » (321.) — Les notes de Marcien subirent le même sort, nous ne savons à quelle époque. L. 1, § 6, J. C., *de vetere jure enucleando* (2, 17). — Voyez encore L. un., pr. Th. C., *de sententiam passis* (9, 43). « In quæstione testamenti, quod deportati filius remeante patre fecisset, *remotis Ulpiani atque Pauli notis, Papiniani* placet valere sententiam, ut in patris sit filius potestate, cui dignitas ac bona restituta sunt, etc. » (321.)

[12] L. 2, Th. C., *de resp. prud.* (1, 4). « Universa, quæ scriptura Pauli continentur, recepta auctoritate firmanda sunt et omni veneratione celebranda. Ideoque sententiarum libros, plenissima luce et perfectissima elocutione et justissima juris ratione succinctos, in judiciis prolatos valere, minime dubitatur. » (327.)

[13] L. 1 (3), Th. C., *de resp. prud.* (1, 4). Impp. Theod. et Valent. AA., ad senat. urb. Rom. « Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani atque Modestini scripta universa firmamus, ita ut Gaium quæ Paulum, Ulpianum et cunctos comitetur auctoritas, lectionesque ex omni ejus opere recitentur. Eorum quoque scientiam quorum tractatus atque sententias prædicti omnes suis operibus miscuerunt, ratam esse censemus, ut Scævolæ, Sabini, Juliani atque Marcelli, omniumque, quos illi celebrarunt, si tamen eorum libri, propter antiquitatis incertum, codicum collatione firmentur. Ubi autem diversæ sententiæ proferuntur, potior numerus vincat auctorum, vel, si numerus æqualis sit, ejus partis præcedat auctoritas, in qua excellentis ingenii vir Papinianus emineat, qui, ut singulos vincit, ita cedit duobus. Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papiniani corpus factas (sicut dudum statutum est) præcipimus infirmari. Ubi autem pares eorum sententiæ recitantur, quorum par censetur auctoritas, quod sequi debeat, eligat moderatio judicantis. Pauli quoque sententias semper valere præcipimus. » Dat. VII Id. Ravennæ, DD. NN. Theod. XII et Valent. II, A. A. Coss. (426). — On n'est pas d'accord sur la question de savoir si cette constitution doit être attribuée à Théodose II ou à Valentinien III. Dans les temps modernes, on a plutôt penché pour Valentinien III, par le motif que l'ordonnance est datée de Ravenne (V. § 70, note 6). Mais M. Hugo fait observer avec raison qu'il n'est pas probable que cette pièce soit émanée d'un enfant de huit ans, et qu'il est plus rationnel d'admettre que l'exemplaire qui nous a été conservé par le Breviarium Alaricianum est l'expédition faite pour l'Occident d'une ordonnance déjà publiée à Constantinople par Théodose II.

corde d'autorité qu'aux ouvrages de Papinien, de Paul, de Gaius, d'Ulpien et de Modestin, et à ceux des anciens jurisconsultes dont les opinions ou les ouvrages auraient été adoptés et expliqués par ces cinq jurisconsultes. Parmi ces anciens, la loi distingue particulièrement Cerv. Scævola, Sabinus, Julien et Marcellus. Toutefois on ne pouvait les citer que d'après des manuscrits approuvés. L'opinion de la majorité des jurisconsultes mentionnés était décisive; mais en cas de partage (d'après d'autres, dans le cas où chacun d'eux aurait eu un avis particulier), on accordait voix prépondérante à la sagesse supérieure de Papinien [14]. La même constitution confirme les deux ordonnances de Constantin que nous avons citées.

Il est facile à concevoir qu'à une époque où l'on pouvait porter de pareilles lois, la science n'avait plus ni vie ni vigueur. Aussi les jurisconsultes de ce temps n'ont-ils guère exercé d'influence sur le développement de la législation. Ce sont les empereurs qui se chargent de ce soin; et le nombre de leurs constitutions augmente dans une proportion rapide depuis Dioclétien [15].

Observation 1. Un fait qui prouve l'autorité excessive attribuée aux jurisconsultes du temps passé, est la division des sources du droit généralement adoptée pendant notre époque, savoir en *leges* et *jus*. Par *leges* on entend les constitutions impériales; toutes les autres sources sont appelées *jus*, mot par lequel on désigne les ouvrages des jurisconsultes, dans lesquels on puisait les règles du droit antérieur. Voyez ci-après § 84, page 178.

Observation 2. Une autre division du droit dont les premières traces se trouvent déjà dans Cicéron, et qui forme la base principale du titre des Institutes *de jure naturali, gentium et civili* (1, 2), est celle en *jus scriptum* et *jus non scriptum*. Aujourd'hui on entend généralement par *droit écrit* celui qui est établi par l'autorité législative, et par *droit non écrit* celui qui s'est introduit sans l'action de

[14] L'interprétation qui accompagne cette constitution dans le Breviarium Alaricianum (V. § 84, note 17) l'entend évidemment du cas de partage : « Hæc lex ostendit, quorum conditorum sententiæ valeant : hoc est Papiniani, Pauli, Gaii, Ulpiani, Modestini, Scævolæ, Sabini, Juliani atque Marcelli. Quorum si fuerint diversæ prolatæ sententiæ, ubi major numerus unum senserit, vincat. Quod si forsitan æqualis numerus in utraque parte est, ejus partis præcedat auctoritas, in qua Papinianus cum æquali numero senserit, quia, ut singulos Papinianus vincit, ita et cedit duobus. »

[15] Nous avons, dans le code de Justinien, 1247 constitutions de Dioclétien, dont 25 de lui seul et 1222 de lui et de Maximien.

cette autorité. Les Romains emploient ces mots dans le sens propre et matériel, et appellent *jus scriptum* tout ce qui est matériellement écrit, gravé sur tables ou couché sur papier. Au reste, comme cette division n'est d'aucune importance en droit romain, nous nous bornons à transcrire dans les notes les principaux passages de nos sources qui en traitent. On y verra que les édits des préteurs, qui certes n'émanaient pas du pouvoir législatif, figurent dans la catégorie du jus scriptum [16].

RECUEILS DE CONSTITUTIONS FAITS AVANT THÉODOSE II. — CODE THÉODOSIEN.

§ 81.

Le besoin de réunir et de classer ces constitutions se fit sentir de plus en plus, surtout à l'égard des rescrits, lesquels, n'étant pas promulgués, ne parvenaient guère à la connaissance du public. Déjà sous Marc-Aurèle le jurisconsulte Papirius Justus avait fait un recueil de rescrits de cet empereur [17], et le Digeste renferme plusieurs passages d'un ouvrage de Paul, qui paraît avoir contenu des décisions judiciaires (*decreta*) émanées des empereurs [18]. Des travaux plus complets furent entrepris, probablement sous Constantin, par les jurisconsultes Grégorien et Hermogénien [19]. Nous

[16] Cicéron, *part. orat.*, 37. « Atque hæc communia sunt naturæ atque legis; sed propria legis et ea quæ *scripta* sunt, et ea quæ *sine litteris*, aut gentium jure, aut majorum more retinentur. » — Justinien, en parlant de cette division, dit au § 10, I., *de jure nat., gent. et civ.* (1, 2) : « Nam origo ejus ab institutis duarum civitatum, Athenarum scilicet et Lacedæmonis, fluxisse videtur. In his enim civitatibus ita agi solitum erat, ut Lacedæmonii quidem magis ea, quæ pro legibus observarent, *memoriæ mandarent;* Athenienses vero ea, quæ in legibus *scripta* reprehendissent, custodirent. » — Id., § 3, I, *eod.* « *Scriptum* jus est lex, plebiscita, senatusconsulta, principum placita, *magistratuum edicta, responsa prudentum.* § 9. Ex *non scripto* jus venit, quod usus comprobavit. » — Pomponius, au Fr. 2, § 5. 12, D., *de orig. juris* (1, 2), dit que le droit, qui s'est formé du temps de la république par l'interprétation des jurisconsultes, *sine scripto venit, sine scripto consistit;* mais les *responsa prudentum* sont considérés comme *jus scriptum.*

[17] Voyez entre autres Fr. 60, D., *de pactis* (2, 14), et Fr. 14, D., *de servit. præd. urb.* (8, 2). Le Digeste contient 16 fragments tirés de son ouvrage.

[18] Cet ouvrage de Paul porte le titre « *Imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum*, s. *Decretorum liber.* » Le Digeste en contient 28 fragments.

[19] D'après un passage de la *consultatio veteris jurisc.*, c. 9, qui attribue au

ne savons rien de précis sur ces deux collections connues sous les noms de *Codex Gregorianus* et *Codex Hermogenianus;* mais d'après les fragments qui nous en ont été conservés dans le Breviarium Alaricianum, il parait que le code d'Hermogénien était postérieur au code de Grégorien, et en formait pour ainsi dire la suite. Ils contenaient des constitutions impériales (particulièrement des rescrits), classées d'après l'ordre des matières [20].

Toutefois ces collections, émanées de particuliers, n'avaient aucun caractère officiel [21]. L'empereur Théodose II conçut le projet d'un grand travail législatif. En 419 il institua une commission, à laquelle il ordonna de compléter les codes Grégorien et Hermogénien par un nouveau recueil de constitutions publiées depuis Constantin, partagées et divisées en livres et titres, et de faire un autre code renfermant des extraits d'ouvrages de droit et des codes précédents [22]. Les constitutions abrogées ou tombées en désuétude devaient être omises dans le dernier, mais rapportées dans le premier par ordre chronologique. La commission, composée de neuf fonctionnaires et savants, ne semble pas avoir rempli la mission dont elle était chargée; une nouvelle commission de seize membres fut nommée en 435, pour exécuter la première partie du projet annoncé dans la constitution de 429 [23]. Ce travail fut achevé en 438, et publié en Orient par une ordonnance adressée au préfet du prétoire de Constantinople [24]. La même année, Valentinien III lui donna force obligatoire en Occident, en le faisant communiquer au sénat par le préfet du prétoire de Rome [25].

code Hermogénien une constitution de Valens et Valentinien II, il faudrait rapporter cette collection à une époque plus avancée; mais il est possible que cette constitution récente ait été tirée d'un appendice ajouté postérieurement au code Hermogénien.

[20] La plus ancienne constitution qui nous ait été conservée du code Grégorien est de Septime Sévère. Il finit avec Dioclétien. Le code d'Hermogénien commence par Constantin. — Ces deux recueils ont été publiés pour la première fois par Sichard dans le *Breviarium Alaricianum* (V. § 84.)

[21] Aussi le Breviarium les place-t-il dans le *jus* et non point parmi les *leges*. (V. ci-après § 84.)

[22] L. 5, Th. C., *de constit.* (1, 1), éd. Wenck. — La dernière partie du projet paraît n'avoir jamais été exécutée.

[23] L. 6, Th. C., *de constit.* (1, 1), éd. Wenck.

[24] Const., *de Theodosiani codicis auctoritate.* Cette constitution est la première novelle de Théodose dans l'édition de Ritter. Dans le manuscrit de Turin et dans l'édition de Wenck elle précède le Code.

[25] Le procès-verbal de cette communication a été découvert par Clossius: *Gesta in senatu urbis Romæ de recipiendo Theod. Codice.* Il précède le Code dans les édi-

Ce recueil, qui déjà dans l'ordonnance de 435 est appelé Codex Theodosianus, est divisé en seize livres, et contient des constitutions impériales à partir de Constantin [26]. En 1558 du Tillet (Tilius) en publia d'après un manuscrit le sixième livre en grande partie, et les dix derniers livres en entier, sauf quelques lacunes dans le dernier. Les cinq premiers livres ne nous étaient connus que par les extraits fort incomplets qui se trouvent dans la loi romaine des Visigoths. Marvillius publia une nouvelle édition du code Théodosien, avec un excellent commentaire de Jacques Godefroi (Lyon, 1665), qui fut édité de nouveau et augmenté par Ritter (Leipzig, 1736-1745). De nos jours (1817), M. Peyron découvrit au musée royal de Turin, dans un palimpseste, un grand nombre de constitutions (99) non abrégées, appartenant aux six premiers livres, et dans un autre palimpseste quelques constitutions des trois derniers livres. Elles furent publiées à Turin en 1824. Vers la même époque (1824), M. Clossius publia à Tubingue plusieurs constitutions non abrégées, qu'il avait trouvées dans un manuscrit du Breviarium de la bibliothèque Ambrosienne de Milan, et qui se rapportent pour la plupart au premier livre et à la publication du code.

M. Puggé a donné une édition de ces nouvelles découvertes réunies (Bonn, 1825), et un peu après M. Wenck en fit paraître une autre qui contient toutes les constitutions connues des cinq premiers livres (Leipzig, 1825).

Depuis, M. Hænel a découvert encore quelques constitutions, et a commencé une nouvelle édition du code entier, qui sera reçue dans le *Corpus juris civilis antejustiniani* de Bonn [27].

Après le code Théodosien, les empereurs de l'Orient et de l'Occident rendirent encore un grand nombre de constitutions qui, d'après le principe émis dans l'ordonnance de 429, étaient toujours

tions de Wenck et de Hænel. — Valentinien III adressa également en 443 une ordonnance aux *constitutionarii*, c'est-à-dire aux employés chargés du dépôt des exemplaires du Code, pour leur enjoindre de veiller à ce que les copies du Code soient correctement faites. Elle a été également trouvée par M. Clossius.

[26] Il est difficile de déterminer le sens des mots « *imperatores legitimi*, » dont un auteur ancien se sert en parlant du code Théodosien. Godefroi pense qu'il faut entendre par là les empereurs chrétiens (t. 1, p. 211); mais on peut objecter que le Code contient des constitutions de Julien l'Apostat. C'est par ce motif que Ritter et Heineccius croient que les imperatores legitimi sont opposés à ceux connus sous le nom des trente tyrans, comme le fait aussi Ammien Marcellin, XV, 8; XIX, 12; XXVI, 4. 6. — Voyez Zimmern, *Gesch. d. R. Pr.*, t. I, p. 166.

[27] Voyez § 6, obs. 1.

communiquées par l'un à l'autre pour les faire publier en cas d'approbation. On les appelle novelles (*novellæ constitutiones*). Nous en avons 35 de Théodose II, 84 de Valentinien III, 4 de Marcien, 8 de Majorien, 2 de Sévère, 3 d'Anthemius, en tout 49 novelles [28].

TRAVAUX DE JUSTINIEN [29].

§ 82.

Lorsque Justinien monta sur le trône, la réforme des lois romaines était devenue un travail aussi indispensable que difficile. Dans l'espace de dix siècles, le nombre infini des lois, des opinions des jurisconsultes et des constitutions impériales, avait rempli des milliers de volumes que l'homme le plus riche ne pouvait acheter, et que la tête la plus vaste ne pouvait contenir [30]. Justinien, qui (d'après quelques auteurs modernes) avait dans sa jeunesse étudié la jurisprudence [31], conçut le projet de réunir en un seul corps toutes les règles de droit, quelle que fût leur origine. Déjà Pompée et César avaient eu cette intention; mais ils n'eurent pas le temps de songer à la réaliser [32]. La collection de Théodose était incomplète, parce que d'abord elle ne contenait que des constitutions impériales d'une époque peu étendue, et qu'ensuite près de cent ans s'étaient écoulés depuis sa publication. La mesure que prit Justinien était donc dictée par les besoins de l'époque.

[28] Ces novelles se trouvent dans l'édition de Godefroi du code Théodosien et dans les recueils de droit antéjustinien de Berlin et de Bonn.

[29] Dans ce § nous suivons en grande partie, et souvent à la lettre, Gibbon, *Histoire de la décadence de l'empire romain*, chapitre 44, ainsi que les notes que M. Blondeau a ajoutées à son édition des *Institutes*, Paris, 1838.

[30] Eunapius dit qu'une bibliothèque complète de jurisconsulte aurait fourni la charge de plusieurs chameaux, ἄχθος καμήλων πολλῶν.

[31] Cette assertion, reproduite par Gibbon, n'est appuyée d'aucun témoignage historique. — Les érudits ont beaucoup discuté sur le degré d'instruction qu'il faudrait attribuer à Justinien. Les uns en ont fait un génie presque universel, les autres le représentent comme fort ignorant, et en se fondant sur un passage de Suidas, v. ἀμάθητος, ils vont même jusqu'à dire qu'il ne savait pas lire (ἀναλφάβητος). Mais les arguments de part et d'autre sont très-faibles; et quant à ce dernier reproche fondé sur le passage de Suidas, il est hors de tout doute que cet auteur ne parle pas de Justinien, mais bien de Justin I.

[32] Suétone, *Jul. César*, 44. — Isidore, *Orig.*, V, 1. — Aulu-Gelle, I, 22. rapporte que Cicéron avait eu la même idée. — Au reste il va sans dire que ces projets ont dû être moins étendus et d'une nature toute différente de celui dont Justinien poursuivit l'exécution.

Il entreprit d'abord de recueillir de nouveau les constitutions des empereurs. La première année de son règne (528), il nomma une commission de dix jurisconsultes, à la tête desquels il plaça Joannes, ex-quæstor sacri palatii, et parmi lesquels se trouvèrent Tribonien, qui devint le jurisconsulte le plus célèbre de l'époque, et Théophile, professeur à l'école de droit de Constantinople. Cette commission devait revoir les ordonnances des empereurs contenues dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que les novelles post-théodosiennes, en faire disparaître les erreurs et les contradictions, retrancher tout ce qui était tombé en désuétude ou superflu, et recueillir tout ce qu'il y avait de lois sages et salutaires susceptibles de s'adapter à la pratique des tribunaux et aux besoins de l'époque [33]. Le travail fut achevé en quatorze mois, et le CODEX, divisé en douze livres, fut confirmé et solennellement publié le 7 avril 529 [34].

Après la confection de ce code, Justinien chargea (15 déc. 530) Tribonien, alors nommé quæstor sacri palatii, et auquel il adjoignit seize collègues, de recueillir dans les ouvrages des plus célèbres jurisconsultes tout ce dont on pourrait faire usage. Cette commission fut revêtue d'une juridiction absolue dans l'appréciation de ces ouvrages [35]. L'empereur lui avait accordé dix ans pour faire cet immense travail [36]; mais elle y mit tant de zèle et d'activité, qu'elle le termina en trois ans. Il fut publié sous le titre de DIGESTA ou PANDECTÆ le 16 décembre 533, pour être obligatoire à partir du 30 du même mois [37]. On avait choisi trente-neuf des plus habiles jurisconsultes [38]; on renferma dans cinquante livres l'a-

[33] Const. *Hæc quæ necessario*, etc. de novo codice faciendo.

[34] Const. *Summa reipubl.* de Justinianeo codice confirmando. — C'est par la const. *Tanta*, § 1, et la const. *Omnem reipubl.*, que nous savons que le Code contenait douze livres.

[35] Constit. *Deo auctore*.

[36] On tire cette conséquence de la const. *Tanta*, § 12, où Justinien dit « in *tribus annis* consummata..., neque id totum *decennium* compleri sperabatur; » mais il ne résulte point nécessairement de ce passage que l'empereur ait accordé dix ans pour la confection du travail.

[37] Const. *Tanta*, de confirmat. Digest. — Le mot « Digesta » vient de *digerere, digerere in partes*, diviser et mettre en ordre; le mot « Pandectæ » de πᾶν et δέχομαι, recueil complet, qui *contient tout*.

[38] L'index qui se trouve dans le manuscrit de Florence en compte quarante; mais il contient plusieurs erreurs. Voyez ZIMMERN, *Gesch. d. R. P. R.*, p. 224. Voici les noms des trente-neuf jurisconsultes qui ont fourni des fragments au Digeste : Ælius Gallus, Africanus, Alfenus, Anthianus, Julius Aquila, Callistratus, Celsus, Aur. Arc. Charisius, Florentinus, Gaius, Hermogenianus, Ja-

brégé de deux mille traités, et on a eu soin d'instruire la postérité que trois millions de lignes ont été réduites dans ces extraits au nombre modeste de cent cinquante mille [39]. Les Pandectes se composent de cinquante livres et sont divisées en sept parties [40]. Pour le classement des matières on suivit l'ordre adopté par Salvius Julianus dans l'édit [41]. Quoiqu'en général on transcrivit littéralement

volenus, Julianus, Labeo, Macer, Vol. Mæcianus, Marcellus, Marcianus, Mauricianus, Menander, Modestinus, Neratius Priscus, Papinianus, Papirius Justus, Paulus, Pomponius, Proculus, Rufinus, Rutilius, Saturninus, Cervid. Scævola, Q. Muc. Scævola, Tarruntenus, Terent. Clemens, Tertullianus, Tryphoninus, Ulpianus, Alburnus Valens, Venulejus.

[39] Gibbon, note 77. — Hugo, *R. G.*, page 1075, note 1 (XI[e] éd.).

[40] Justinien donne une raison bien mystérieuse pour justifier cette division. Const. *Tanta*, § 1. « ... Et in septem partes eos digessimus, non perperam, neque sine ratione, sed in numerorum naturam et artem respicientes et consentaneam eis divisionem partium conficientes. » M. Hugo, *R. G.*, page 1057-1062 (XI[e] éd.), met cette division en rapport avec la distribution des leçons dans les écoles de droit de ce temps.

[41] Nous croyons utile de donner ici une courte analyse d'un intéressant article *sur l'ordre des fragments du Digeste*, que M. Blume a publié dans le journal : *Zeitschrift für Gesch. R. W.*, t. IV, et dont M. Hugo a rendu compte dans la Thémis, t. III (p. 246 de l'éd. de Bruxelles). Voici, d'après M. Blume, la marche que les rédacteurs du Digeste auraient suivie dans leur travail : « La commission se divisait en trois sections, à chacune desquelles était assignée une série des livres qui devaient servir à la compilation. La *première série* comprenait les commentaires sur *Sabinus;* la *seconde,* ceux sur *l'édit;* la *troisième* embrassait les ouvrages de *Papinien* et plusieurs *monographies* sur des institutions plus récentes. Chaque section lisait séparément les ouvrages qu'elle avait à examiner d'après un ordre déterminé d'avance; cependant on réunissait quelquefois des ouvrages de séries différentes, quand ces ouvrages traitaient des mêmes matières. Après avoir comparé avec le code de Justinien les extraits ainsi obtenus, on les classait sous une rubrique en suivant la division de ce Code, de l'édit ou en cas de besoin même celle d'un ouvrage qui avait été mis à profit. (Const. *Deo auctore,* § 5. 9. — Const. *Tanta*, § 14.) Enfin on relisait tout ce qui se trouvait sous la même rubrique, on retranchait les répétitions, on faisait disparaître les contradictions et l'on opérait des transferts quand cela paraissait nécessaire. — Les travaux de chaque série ainsi terminés, les sections se réunissaient et procédaient à la composition des Pandectes. On mettait à la tête de chaque titre la série qui avait fourni le plus grand nombre de fragments ou du moins les fragments les plus considérables. Toutefois on la comparait d'abord avec les deux autres séries et on y faisait entrer les principes généraux qui se trouvaient dans ces dernières, ainsi que tout ce qui pouvait servir à combler une lacune ou à fournir des explications. Ce qui restait après cette opération dans les deux autres séries était placé à la suite de la première, et il paraît que la série la moins étendue était ordinairement mise à la fin du titre. — Tel est l'ordre que semblent avoir généralement

les passages qu'on recevait, il parait cependant que souvent on prêta à un ancien jurisconsulte un texte émané de la commission, et il est certain aussi que bien des textes ont été changés et modifiés. On désigne ces changements par le nom d'*emblemata Triboniani* [42].

En 533, pendant qu'on travaillait au Digeste, Justinien chargea Tribonien, Théophile et Dorothée, ces deux derniers professeurs de droit à Byzance et à Béryte, de la rédaction d'un ouvrage élémentaire destiné à la jeunesse [43]. Les INSTITUTES furent publiées le 21 novembre 533, un mois avant la promulgation du Digeste; mais l'un et l'autre ouvrage ne reçurent force de loi qu'à partir du 30 décembre 533 [44]. Les Institutes de Justinien ont été presque entièrement calquées sur celles de Gaius; on y a fait entrer aussi beaucoup de fragments d'autres jurisconsultes anciens. Pour approprier ce travail aux besoins de la législation nouvelle, Tribonien joignit aux dispositions du droit ancien les dispositions nouvelles des constitutions impériales. Les Institutes sont divisées en quatre livres à l'instar de celles de Gaius.

Cependant le code de 529 se trouva n'être plus complet. D'abord l'empereur même avait fait une nouvelle collection de cinquante constitutions rendues pour décider des questions ou des procès qui lui avaient été soumis (QUINQUAGINTA DECISIONES) [45]. Même

suivi les compilateurs du Digeste. Il y a des exceptions; elles sont même très-fréquentes dans l'arrangement intérieur des séries; mais elles sont très-rares dans la distribution fondamentale, c'est-à-dire d'une série à l'autre, et l'on peut toujours en donner le motif : par exemple, le premier fragment d'un titre est souvent d'une autre série que les suivants, parce qu'il a paru propre à servir d'introduction; c'est ainsi que le Fr. 1, D., *de regulis juris* (50, 17) n'est pas de Sabinus : il s'agissait de définir ce qu'on entendait par *règle de droit*, et on a cru trouver ce qu'on cherchait dans un passage de la seconde série; souvent aussi un passage qui se trouvait cité dans un autre fragment a été joint immédiatement à celui-ci; enfin les fragments placés à la fin d'un titre forment quelquefois un appendice. » A l'appui de son système M. Blume a fait suivre son article de trois tableaux, dont *la Thémis* donne le premier, lequel contient la division en trois séries et indique l'ordre dans lequel les ouvrages de chaque série paraissent avoir fourni des extraits aux différents titres du Digeste.

[42] Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de signaler de pareilles interpolations.

[43] Const. *Deo auctore*, § 11. — Const. *Tanta*, § 11. — Const. *Imperatoriam majest.* (*Proœmium Institutionum*).

[44] Const. *Imperator*. — Const. *Tanta*, § 11.

[45] § 3, I., *de libertinis* (1, 5). — § 16, I., *de oblig. quæ ex del.* (4, 1). —

après la confection du Digeste et des Institutes, Justinien avait encore introduit quelques changements essentiels. Il se crut donc obligé d'ordonner une nouvelle édition (*repetita prælectio*) de l'ancien code, travail dont il chargea Tribonien avec l'assistance de quatre collaborateurs. Le nouveau codex, qui contient les 50 décisions et quelques autres nouvelles ordonnances, fut alors promulgué le 16 novembre 534 (CODEX REPETITÆ PRÆLECTIONIS)[46]. L'ancien code fut aboli et disparut entièrement; nous n'en avons plus de traces.

Depuis 535 jusqu'à sa mort (565), Justinien rendit encore beaucoup d'ordonnances particulières par lesquelles il modifia des points très-importants. Ces nouvelles constitutions sont écrites partie en grec, partie en latin dans un style obscur et ampoulé; elles sont connues sous le nom de NOVELLES (*novellæ constitutiones, νεαραὶ διατάξεις*). Justinien n'en publia aucun recueil; mais bientôt après sa mort (565) on fit une collection de 168 novelles grecques, dont 154 de Justinien, les autres de ses successeurs, Justin II et Tibère II [47].

Nous trouvons des renseignements très-complets sur ces travaux dans les ordonnances par lesquelles Justinien ordonna la confection des différentes parties de sa collection, ainsi que dans celles qu'il publia à l'occasion de leur promulgation.

Ces constitutions, qu'on cite ordinairement par leurs premiers mots, sont :

a) Pour l'ancien code, la const. *Hæc quæ necessario*, etc., de novo codice faciendo (528), et la const. *Summa reipublicæ*, etc., de Justinianeo codice confirmando (529).

b) Pour les Institutes, le *Proœmium* des Institutes qui commence par ces mots : « *Imperatoriam majestatem* » (533).

c) Pour le Digeste, la const. *Deo auctore*, etc., de concept. Digest. (530), et la const. *Tanta* (Δέδωκεν), de confirmat. Digest. (533)[48].

L. un., § 10, C., *de caducis tollendis* (6, 51). — Const. *Cordi nobis*, § 1, de emendat. codicis.

[46] Const. *Cordi nobis*, de emend. codicis.

[47] Voyez ci-après, § 83. — Nous possédons en outre *treize édits de Justinien*, qui se rapportent particulièrement à l'administration de différentes localités. — La collection de Justinien, ainsi que ses novelles postérieures, furent plus tard également rendues obligatoires pour l'Italie. Cela résulte de la const. *Pro petitione vigilii*, c. 11, qui nous a été conservée dans l'épitome de Julien. (Voy. § 83. 84.)

[48] Ces constitutions forment le titre du Code, *de vetere jure enucleando*, 1, 17. Quelques éditions du Corpus juris contiennent dans ce titre encore une consti-

d) Pour le code nouveau, la const. *Cordi nobis*, etc., de emendat. codicis domini Justiniani.

A ces ordonnances on en peut ajouter une que Justinien publia en 533 sur la manière dont l'enseignement du droit devait se faire dans les écoles de Constantinople et de Béryte, et qu'il adressa aux professeurs de ces écoles (const. *Omnem reipublicæ*, etc., de ratione et methodo juris docendi ad antecessores) [49].

Le but que Justinien s'était proposé en ordonnant ces grands travaux était double. D'abord il voulait favoriser l'étude du droit, en donnant à ceux qui s'y appliqueraient une collection complète de tout ce que renfermaient d'utile les différents ouvrages existants. Ensuite, il avait l'intention de mettre fin à la grande incertitude qui régnait dans toutes les branches de la science. Pour couper court à toute discussion sur la préférence qu'une opinion pourrait mériter sur une autre, il voulut qu'on regardât toute la collection comme son œuvre, et il la revêtit tout entière de la sanction impériale [50]. Il était si sûr d'avoir tout fait pour atteindre ce but, qu'il n'hésita pas à déclarer qu'elle ne renfermait pas une seule contradiction [51].

Pour prévenir tous les changements ultérieurs dans sa collec-

tution qui commence par les mots *Dedit nobis Deus*. Cette pièce n'est autre chose que la traduction latine de la const. Δέδωκεν, laquelle est la version grecque de la const. *Tanta*.

[49] Justinien n'y parle point de l'école de Rome, parce qu'à cette époque Rome était occupée par les Ostrogoths.

[50] Const. *Tanta*, § 19. — Cela n'est dit expressément que pour les trois premières parties de la collection, mais s'applique de fait également au nouveau code. Il en est de même des trois notes suivantes.

[51] Const. *Tanta*, § 14. 15. « *Contrarium* autem aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit, nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiat : sed est aliquid novum inventum vel occulte positum, quod dissonantiæ querelam dissolvit et aliam naturam inducit discordiæ fines effugientem. » Les jurisconsultes qui se sont occupés du droit romain sont loin d'être d'accord avec l'empereur sur ce point. Lorsque le droit romain était encore en vigueur, les *antinomies* qui se trouvent dans le Corpus juris faisaient le désespoir des interprètes. Pour les concilier, on doit d'abord examiner la date de la publication des dispositions contradictoires et appliquer le principe que la loi postérieure déroge à la loi antérieure. Ainsi les Novelles l'emportent sur les autres parties, et le Code déroge aux Pandectes et aux Institutes. Mais entre ces deux dernières parties il est difficile de décider, puisque Justinien leur a donné force obligatoire à partir du même jour. Il est impossible de donner une règle générale ; on doit se laisser guider par les circonstances particulières de l'espèce. Il en est de même lorsque des contradictions se trouvent dans la même partie de la collection de Justinien.

tion, Justinien défendit rigoureusement l'usage des chiffres et des abréviations, et se souvenant que le nombre des commentateurs avait accablé l'édit, il déclara qu'on punirait comme faussaires les jurisconsultes qui oseraient interpréter ou pervertir le texte de la volonté du souverain [52]. Il permit tout au plus qu'on la traduisit en grec mot pour mot (*κατὰ πόδα*) ou qu'on fît des *παράτιτλα*, c. à d. des sommaires des différents titres [53].

Il parait cependant que cette défense ne fut pas rigoureusement observée; car THÉOPHILE, l'un des collaborateurs de l'ancien code, du Digeste et des Institutes, ne se borna pas à faire une traduction grecque des Institutes, mais il l'accompagna d'un commentaire auquel nous devons beaucoup de renseignements précieux [54]. Le même jurisconsulte écrivit sur le Digeste un commentaire, et l'on cite des travaux analogues sur le Digeste, le Code et les Novelles faits par DOROTHÉE, professeur à Béryte et collaborateur des Institutes, par STEPHANUS, CYRILLE, THALELÆUS et plusieurs autres contemporains [55].

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN ORIENT.

§ 83.

Peu de temps après la mort de Justinien, JULIEN, professeur à

[52] Const. *Tanta*, § 21.

[53] Const. *Tanta*, § 21. 22.

[54] La première édition du texte grec de la *paraphrase* de THÉOPHILE fut publiée à Bâle, 1534. La meilleure édition, accompagnée d'une traduction latine et de nombreuses notes, est celle de G. O. REITZ. La Haye, 1751. — On a douté que l'auteur de la paraphrase fût le même que le second rédacteur des Institutes, et quelques savants ont même pensé que cet ouvrage a dû être composé postérieurement aux Basiliques, auxquelles l'auteur aurait emprunté; mais il résulte du texte même de la paraphrase qu'elle a été écrite du temps de Justinien. Ainsi, pour ne citer que quelques indices, nous ferons observer que Justinien y est appelé *noster*, et sa femme Théodore *religiosissima domina nostra* (§ 2, *de bon. poss.*, 3, 9 (10). — § 14, *de usucap.*, 2, 6). Dans ce dernier passage, ainsi que dans le § 12, *de fideic. hœred.*, 2, 23, il est même question d'une constitution de Justinien *tout récemment* publiée. Quant aux emprunts prétendument faits aux Basiliques, il est plus probable que les rédacteurs des Basiliques ont puisé dans la paraphrase de Théophile. — Au reste à en juger de la rédaction et du titre même du livre que nous possédons, il paraît que c'est plutôt le cahier d'un des élèves de Théophile, que l'ouvrage original du professeur même.

[55] De tous ces commentaires, nous ne possédons que des fragments épars dans les scolies des Basiliques. V. ZIMMERN, *Gesch. des R. P. R.*, p. 397 et suiv.

Constantinople, fit en latin un abrégé de 125 novelles, connu sous le nom d'*Epitome novellarum* [1]. Vers la même époque parut aussi une traduction latine des novelles, qu'on appela dans la suite *Corpus authenticum* pour la distinguer de l'épitome de Julien. C'est le texte de cette traduction qui fut plus tard adopté par les glossateurs et appelé *Versio vulgata* [2]. Il y eut encore plusieurs traductions grecques des Institutes, du Digeste et du Code; et au mépris des ordonnances de Justinien, les jurisconsultes ne manquèrent pas de composer de nombreux commentaires sur ces collections.

Les changements inévitables de la législation firent bientôt sentir la nécessité de faire de nouveaux codes.

L'empereur Basile Ier, *le Macédonien*, publia d'abord (876) une espèce d'Institutes sous le titre de πρόχειρον τῶν νόμων, et conçut ensuite le projet de composer un grand ouvrage qui réunît tous les recueils de Justinien et les lois postérieures. La mort (886) l'empêcha d'en achever l'exécution. Son fils, Léon VI, dit *le Philosophe*, termina ce grand travail et le promulgua en 887 sous le nom de Basiliques, Βασιλικά [3]. Constantin VII, *Porphyrogénète*, en fit (944) une nouvelle édition, ἀνακάθαρσις τῶν Βασιλικῶν. Les Basiliques sont divisées en six parties et contiennent soixante livres [4], dont nous possédons trente-six en entier et sept en partie. Quant aux dix-sept autres, nous n'en avons que des fragments [5]. Cet ouvrage, rédigé en grec, se distingue de la collection de Justinien en ce que les différentes sources de droit qu'il renferme, fragments de jurisconsultes, constitutions impériales, ne sont point séparées, mais se trouvent

[1] Cet abrégé jouit d'une grande autorité en Occident pendant le moyen âge. (V. ci-après § 84, note 22, et § 58.) Du temps des glossateurs on lui donnait le nom de *novella* par excellence. De Savigny, *Hist. du dr. rom. au moyen âge*, t. III, p. 498. — La première édition de l'épitome Juliani fut donnée par *Boyer* (*Boerius*), Lyon, 1512.

[2] C'est cette traduction qui se trouve dans la plupart des éditions du Corpus juris. Elle est obscure et barbare, mais en général elle a le mérite d'être exacte (κατὰ πόδα). Berriat de Saint-Prix, *Hist. du dr. rom.*, p. 179. — Au reste elle ne contient que 134 novelles. — D'autres traductions plus élégantes ont été faites au seizième siècle.

[3] Ce mot signifie probablement « lois impériales, » Βασιλικαὶ διατάξεις. Il est possible aussi que le nom ait été donné en l'honneur de l'empereur Basilius.

[4] De là ἑξάβιβλος ou ἑξηκοντάβιβλος.

[5] Vers le milieu du XVIIe siècle dix livres seulement avaient été imprimés, quand Fabrot publia sa belle édition, accompagnée d'une traduction latine. Paris, 1647. Reitz a donné ensuite dans Meerman, *Thesaurus*, un supplément (livres 49-52). M. Heimbach publie depuis 1833 à Leipzig une nouvelle édition des Basiliques.

réunies sous les mêmes rubriques, et même confondues avec des règles et des définitions dogmatiques. Il est d'une très-grande importance pour nous, parce qu'il nous montre comment le droit romain était entendu et appliqué à une époque assez rapprochée de celle de Justinien [6].

Après les Basiliques, Léon publia encore un recueil de 113 novelles, qui se trouve dans presque toutes les éditions du Corpus juris.

Vers le milieu du quatorzième siècle, Constantin Harmenopoulos publia un ouvrage élémentaire sur le droit en six livres, *πρόχειρον τῶν νόμων*. Ce manuel obtint une autorité égale à celle de la loi; il a formé le droit civil de la Grèce jusqu'à ces derniers temps [7].

Après la prise de Constantinople par les Turcs (1453), le droit en vigueur ne fut pas changé; mais la science du droit tomba tout à fait, et le clergé, qui jouissait de la confiance du peuple, s'érigea peu à peu en autorité judiciaire et législative en fait de droit privé. Depuis la reconstitution de la Grèce, on a essayé (1830) de fonder sur les Basiliques un nouveau système de droit; mais il parait qu'aujourd'hui on penche plutôt vers la législation française sauf à y introduire les modifications que les circonstances et les mœurs nationales peuvent exiger [8].

DESTINÉES DU DROIT ROMAIN EN OCCIDENT [9].

§ 84. *Leges Romanæ.*

En établissant leur domination sur les ruines de l'empire romain, les barbares, tout en faisant disparaitre les hautes magistratures et le système d'administration [10], ne détruisirent cependant pas le droit qu'ils trouvèrent établi. C'est un fait unique dans

[6] Il en est de même des *scolies* et *gloses* ajoutées aux Basiliques, ainsi que d'un abrégé connu sous le nom de *Synopsis*, seu ἐκλογὴ Βασιλικῶν.

[7] Éditions : par Th. A. Adamæus, Paris, 1540. — Par G. O. Reitz, 1780, dans le *Thesaurus de Meerman*.

[8] E. Zachariæ, *Historiæ juris Græco-Romani delineatio*, p. 85 et suiv.

[9] Cet exposé n'est qu'une rapide analyse de l'*Histoire du droit romain au moyen âge*, par M. de Savigny, 6 tomes, Heidelberg, 1815-1831. Nous avons également mis à profit l'*Histoire du droit romain* par M. Berriat de Saint-Prix, Paris, 1821, et le Ve appendice aux *Institutes* de M. Blondeau, Paris, 1838.

[10] Ainsi les *rectores* des provinces furent remplacés par les *comtes* germains; mais l'organisation municipale fut généralement maintenue. Voyez les détails et les preuves dans M. de Savigny, t. I, chap. V.

l'histoire que le système du *droit personnel,* en vertu duquel dans le même pays, dans la même ville, les Romains vivaient d'après le droit romain; les Bourguignons, d'après leurs coutumes; et les étrangers, d'après les lois de leurs nations respectives [11]. C'est peut-être de ce système que dérive la disposition du droit anglais qui permet à l'étranger poursuivi criminellement d'exiger que le jury qui doit le juger soit composé par moitié d'individus appartenant à la même nation que lui [12].

Cependant un essai fut fait de fondre les différents droits nationaux en une seule législation commune. Théodoric Ier, roi des Ostrogoths, publia en 500 un code qui devait être obligatoire pour tous les sujets de l'empire sans distinction (*edictum Theodorici* [13]). L'édit de Théodoric est presque exclusivement basé sur le droit romain. Il se compose de 154 chapitres très-courts, dont les dispositions sont en grande partie puisées dans les sentences de Paul, dans les codes de Grégorien, d'Hermogénien et de Théodose, ainsi que dans les novelles post-théodosiennes. Mais les textes ne sont point restés purs; on les a changés et modifiés de manière qu'il est difficile d'en reconnaître l'origine. L'édit de Théodoric n'eut qu'une existence éphémère; il dut céder devant la législation de Justinien, après que Narsès eut reconquis l'Italie (553) [14].

Dans les autres royaumes barbares on fit vers la même époque des recueils séparés des coutumes germaniques (*leges Barbarorum*) et des dispositions du droit en vigueur pour les Romains (*leges Romanæ*).

La plus importante des leges Romanæ est celle qui fut faite pour le royaume des Visigoths (*lex Romana Visigothorum*, communément appelée *Breviarium Alaricianum* [15]). Elle fut composée sur les ordres d'Alaric II, roi des Visigoths, par une commission de jurisconsultes sous la direction de Gojaric, comte du palais, lequel la

[11] M. de Savigny, t. I, chap. III.

[12] Blackstone, book III, chap. 23.

[13] *Edictum Theod. Prolog.* « Ut salva juris publici reverentia et legibus omnibus cunctorum devotione servandis, quæ *Barbari Romanique* sequi debeant super expressis articulis, edictis præsentibus evidenter cognoscant. » *Epilog.* « Quæ omnium *Barbarorum sive Romanorum* debet servare devotio. » — Cassiodore, *Var.*, III, 13. « Nec permittimus indiscreto (lege *in discreto*) jure vivere, quos *uno voto volumus vindicare.* » VII, 3. « Comitem..., qui secundum edicta nostra *inter duos Gothos* litem debeat amputare. » VIII, 3. « Delectamur jure romano (lege *Romanorum*) vivere, quos armis cupimus vindicare. »

[14] Voyez ci-dessus § 82, note 47, et la pragmatique sanction pro petitione vigilii de l'an 554.

[15] Ce nom n'est pas ancien; il date du XVIe siècle.

publia comme loi après qu'elle eut été approuvée en 506 par une assemblée d'évêques et de notables laïques, tenue à Aire en Gascogne. Il en fut envoyé à chaque comte du royaume une expédition officielle, contre-signée et certifiée par Anianus, référendaire du roi [16]. Les expéditions étaient accompagnées d'un rescrit (le *commonitorium*) qui exposait l'origine du recueil et en prescrivait l'usage exclusif sous les peines les plus sévères. La loi romaine des Visigoths contient les deux catégories de sources que nous avons distinguées ci-dessus (§ 80 obs. 1). 1° *Leges*, c. à d. les constitutions impériales du code Théodosien et les novelles post-théodosiennes; 2° *Jus*, c. à d. les écrits des jurisconsultes. Dans cette dernière partie se trouvent les Institutes de Gaius, les sentences de Paul, les codes de Grégorien et d'Hermogénien, et un fragment de Papinien. Les rédacteurs du Breviarium ont voulu abréger et expliquer les textes, mais sans y rien changer. Les explications sont renfermées dans une *interpretatio* qui suit le texte [17]; quant aux Institutes de Gaius, elles sont refondues en entier et les changements nécessaires ont été insérés dans le texte même, ce qui rendait tout commentaire superflu pour cette partie de la collection [18]. — Le code d'Alaric fut en vigueur en Espagne jusque vers le milieu du septième siècle, époque à laquelle les rois visigoths Chindeswinde et Reciswinde firent rédiger le code des lois visigothes. En France, le Breviarium fut suivi sous les rois de la première race, dans les provinces conquises sur les Visigoths.

Quelque temps après le Breviarium (entre 517 et 536), Gondebaud, roi des Bourguignons (ou Sigismond, son fils), fit également faire un recueil de droit romain à l'usage de ses sujets, *lex Romana Burgundionum*, communément appelé *Papiani responsum* ou le *Papien* [19].

[16] C'est pourquoi ce code est souvent appelé *Breviarium Aniani*, quoiqu'il soit bien certain qu'Anianus n'en est pas l'auteur.

[17] Dans les manuscrits du Breviarium on trouve souvent encore : *a*) une *interprétation* nouvelle ajoutée ou substituée à l'ancien commentaire; *b*) une *glose interlinéaire; c*) *summæ legum*, c'est-à-dire un commentaire abrégé; enfin *d*) la *lex Romana Utinensis* ou *codex Utinensis*, une sorte de traduction en langue barbare du Breviarium à l'usage des Lombards. V. ci-après note 20.

[18] Voyez § 6, note 1. — La seule édition séparée et complète du Breviarium est celle de Sichard : *Codicis Theodosiani libri XVI, quibus sunt ipsorum principum auctoritate adjectæ novellæ*. Bâle, 1528.

[19] Voici comment M. de Savigny, t. II, p. 9 et suiv., explique l'origine de cette bizarre dénomination : « Tous les manuscrits complets du Breviarium se terminent par un petit fragment du *Papiniani lib.* I *responsorum*. Or les manuscrits du Breviarium portent toujours *Papianus* au lieu de *Papinianus* à cet

Les rédacteurs de cette collection ont aussi puisé aux sources romaines, qu'ils ont cependant modifiées et fortement altérées. Elle se compose de quarante-sept titres rangés dans un ordre conforme à celui qui est observé dans la loi barbare des Bourguignons. Après la chute du royaume des Bourguignons (536), elle tomba peu à peu en désuétude, et fut de fait remplacée par le Breviarium Alaricianum.

Chez les Francs et les Lombards on ne trouve pas de recueils de droit romain; cependant en Lombardie on essaya de mettre en usage la loi romaine des Visigoths [20].

Ce fut en général ce dernier recueil qui domina dans les pays où le droit romain resta en vigueur. Cependant la législation de Justinien se maintint également dans les parties de l'Italie pour lesquelles elle avait été rendue obligatoire en 554 [21]. Nous trouvons à cette époque quelques travaux scientifiques qui se rapportent à la collection de Justinien, notamment des *scolies* sur l'abrégé de Julien et des *gloses* sur les Institutes, qui ont été découvertes à la bibliothèque de Turin [22]. Plus tard encore, et même hors de l'Italie,

endroit même ainsi qu'à d'autres passages. Cujas trouvant un manuscrit complet du Breviarium, à la suite duquel venait la loi romaine des Bourguignons, sans interruption et sans nouveau titre, prit cette dernière pour le supplément du *Papiniani lib.* I *responsorum*, dont le texte ne se compose en réalité que de quelques lignes. Le nom de *Papianus*, qu'il lisait dans le manuscrit, lui parut être celui d'un jurisconsulte inconnu, auteur de tout le recueil. Ainsi le passage de Papinien forme le premier titre de l'édition qui se trouve à la suite du code Théodosien, Lyon, 1566. Depuis, Cujas reconnut son erreur, mais le livre conserva le nom de *Papiani liber responsorum* ou *Papiani responsum*. — La première édition de la lex Romana Burgundionum est celle de Cujas, 1586, que nous venons de citer. Elle se trouve également dans les recueils de Schulting et dans le *Jus civile antej.*, de Berlin. L'édition la plus complète en a été publiée par M. Barkow, Greifswald, 1826.

[20] C'est la *lex Romana Utinensis* ou *codex Utinensis*. Voyez note 17, *d*.

[21] La preuve de ce fait résulte particulièrement d'un testament de l'an 552, qui porte la date du règne de l'empereur, comme Justinien l'avait prescrit en 527 par la *Nov.* 47, c. 1, tandis que les testaments d'une date antérieure ne contiennent pas cette mention. De Savigny, II, p. 187. M. de Savigny a recueilli plusieurs faits qui établissent à toute évidence que le droit romain était constamment appliqué en Italie. Ainsi Charlemagne punit les Romains rebelles « secundum legem Romanam, ut majestatis rei capitis damnati sunt. » Le pape Léon IV prie l'empereur Lothaire de vouloir maintenir le droit romain, sicuti hactenus romana lex viguit. En 855 l'empereur tient à Rome une cour de justice et juge suivant la loi romaine, etc. Voyez t. II, p. 195 et suiv., et la première table des sources.

[22] M. de Savigny a donné ces gloses (*glossa Taurinensis*) dans l'appendice du tome II de son ouvrage. Depuis elles ont été publiées de nouveau par M. le

le corps de droit de Justinien fut étudié et appliqué. Vers le milieu du onzième siècle, on fit dans le territoire de Valence en Dauphiné un extrait du droit romain en quatre livres (des personnes, des contrats, des délits, de la procédure), qui est appelé Petri *exceptiones legum romanarum,* et dans lequel les Institutes, le Digeste, le Code et les Novelles sont cités [23]. Un autre ouvrage, qui contient une exposition systématique du droit romain d'après les Institutes de Justinien, est connu sous le nom de *Brachylogus.* M. de Savigny pense que le célèbre Irnerius pourrait bien en être l'auteur [24].

§ 85. *Les glossateurs. — Les Bartolistes.*

Le droit romain était donc pratiqué et étudié en Europe; l'autorité du clergé, qui pendant longtemps l'affectionna de préférence aux lois barbares lui fit même partiellement trouver accès dans des pays qui n'avaient jamais été soumis à la domination romaine [25]. Mais dans cette époque de confusion, nous ne trouvons presque pas de traces de l'influence qu'il aurait exercée. Tout à coup au douzième siècle il se réveille de cette langueur. Une brillante école de jurisconsultes se forme en Italie, et son ascendant intellectuel finit par soumettre la plus grande partie de l'Europe à la domination de la législation romaine. Cet éclat, dont le droit romain brille à cette époque, doit être attribué au développement rapide des républiques d'Italie. Pendant des siècles ce malheureux pays avait dû subir les conséquences funestes des invasions étrangères. Vers la fin du dixième siècle, il se releva; le commerce fit des progrès étonnants, et bientôt nous trouvons en Italie une prospérité dont l'histoire présente peu d'exemples. Ce développement

comte F. Sclopis, *Storia della legislazione italiana,* t. I, App. Turin, 1840.— Outre les deux ouvrages cités dans le texte, il y en a encore deux autres peu importants : *dictatum de consiliariis* et *collectio de tutoribus.* De Sav., t. II, p. 187-191.

[23] De Savigny, t. II, p. 230-255. La première édition de Petri *exceptiones* a paru en 1500 à Strasbourg. M. de Savigny en a publié une nouvelle dans l'appendice du tome II de son ouvrage.

[24] La première édition de ce recueil, ayant pour titre : *Corpus legum per modum institutionum*, fait suite aux *Institutiones.* Lyon, chez les frères Senneton, 1549. — Le nom de *Brachylogus* paraît pour la première fois sur le titre d'une édition de Lyon, 1553.— Une nouvelle édition a été publiée par M. Böcking, Berlin, 1829.

[25] M. de Savigny, t. II, p. 262 et suiv.

matériel dut nécessairement provoquer le développement de la science qui se lie intimement aux opérations journalières de la vie sociale [26].

Vers 1100, IRNERIUS de Bologne, professeur de grammaire dans cette ville, commença à enseigner le droit romain. Il attira par l'éclat de ses leçons de nombreux élèves, et donna naissance à l'école des *glossateurs*. Ce nom leur vient de la méthode qu'ils suivaient dans leurs travaux exégétiques. Ils avaient l'habitude d'ajouter au texte du Corpus juris des explications qui se rapportaient soit à un mot, soit à une phrase entière. Ces notes (*gloses, glossæ*) étaient ou intercalées dans le texte (*glossæ interlineares*) ou écrites en marge du livre (*glossæ marginales*).

A l'exemple de Bologne, d'autres écoles ou universités se formèrent bientôt tant en Italie que dans les autres pays de l'Europe. Ces institutions étaient libres et ne devaient en général leur origine à l'intervention d'aucun pouvoir. Partout où un professeur parvenait à réunir un certain nombre d'élèves, ceux-ci se constituaient en corporation, *universitas,* qui se régissait d'après ses propres statuts. Du moins nous trouvons cette organisation démocratique à Bologne et dans les universités qui s'établirent par la suite en Italie, en Espagne et en France. A Paris, au contraire, l'universitas se composait du corps professoral, et cette organisation prévalut en Angleterre et en Allemagne [27].

[26] Autrefois on croyait assez généralement que le droit romain avait entièrement disparu pendant la première partie du moyen âge, et qu'il avait dû sa rénovation à une ordonnance de l'empereur Lothaire II. On fondait surtout cette opinion sur une légende qui se rapporte au célèbre manuscrit des Pandectes connu sous le nom de *Pandectes Florentines.* Ce manuscrit aurait été pris dans la ville d'Amalfi par Lothaire II, lequel en aurait fait présent aux Pisans, ses alliés, pour les récompenser des services qu'ils lui avaient rendus. Pour donner plus de valeur à son cadeau, l'empereur aurait en même temps accordé force obligatoire au droit romain. Ce récit est évidemment une fable inventée peut-être deux siècles après l'événement auquel elle se rattache. M. DE SAVIGNY, t. III, p. 92 et suiv. — Cependant le manuscrit se trouvait à Pise du temps des glossateurs, qui en citent les leçons sous le nom de *littera Pisana.* Par suite de la conquête de Pise au commencement du quinzième siècle, il vint à Florence, où il est conservé encore aujourd'hui avec un soin religieux. C'est le plus célèbre manuscrit des Pandectes, et il surpasse tous les autres par la correction du texte. V. ci-après note 38, et en général M. DE SAVIGNY, tome III, p. 445 et suiv. — M. BERRIAT DE SAINT-PRIX, p. 252 et suiv.

[27] Originairement le mot *universitas* signifie donc tout simplement la corporation formée par les étudiants ou les professeurs, selon la constitution de l'école. Les écoles considérées comme établissements d'instruction s'appellent

La réputation qu'Irnerius avait donnée à l'école de Bologne ne fit que s'accroître sous ses successeurs. Parmi eux brillent au premier rang BULGARUS, MARTINUS GOSIA, JACOBUS DE PORTA RAVENNATE, HUGO DE ALBERICO, connus sous le nom des *quatre docteurs* [28]. Depuis le commencement du treizième siècle, on remarque dans la science du droit une décadence sensible; les jurisconsultes ne créent plus, ils se bornent à réunir et à arranger les travaux de leurs prédécesseurs [29]. ACCURSIUS (1260) analysa les ouvrages des plus célèbres glossateurs, et fit, au moyen de cette compilation et de ses propres annotations, un commentaire complet, appelé la *grande glose* (*glossa ordinaria, glossa Accursiana*). Ce travail manque de critique et nous y trouvons beaucoup d'inexactitudes et d'altérations, ce qui n'a pas empêché Accurse d'acquérir une réputation immense [30]. La glose obtint une autorité absolue; les praticiens la plaçaient au-dessus de la loi même, et ce fut elle surtout qui assura au droit romain sa domination dans la plupart des pays de l'Europe [31].

studia; et pour désigner une institution d'enseignement supérieur, on se sert particulièrement du mot *studium generale* c'est-à-dire école dont l'autorité est reconnue partout. M. DE SAVIGNY, t. III, p. 412 et suiv.

[28] On attribue à Irnerius un distique dans lequel les quatre docteurs sont appréciés de la manière suivante :

> *Bulgarus* os aureum, *Martinus* copia legum,
> Mens legum est *Hugo*, *Jacobus* id quod ego.

[29] Nous transcrivons ici d'après M. de Savigny les noms des principaux glossateurs, en ajoutant à leurs noms les chiffres par lesquels ils sont ordinairement désignés dans les ouvrages de leur époque, et particulièrement dans la glose d'Accurse: Irnerius (G. J.Y.). Bulgarus (B.), † 1166. Martinus Gosia (M. Ma. M.G.). Hugo de Alberico (U. Ug. Ugo), † entre 1168 et 1171. Jacobus de Porta Rav. (Ja. Jac.), † 1178. Rogerius (R. Rog.). † 1192. Albericus (A. Al. Alb.), † 1194. Wilhelmus de Cabriano (W.). Placentinus (P.), † 1192. Henricus de Baila (Yr.). Jo. Bassianus (Jo. Jo. B. Job.). Pillius (Pi. Py.), † 1208. Cyprianus (Cy.). Lotharius (Lot.). Azo, † 1230. Hugolinus de Presbytero (H.). Jacobus Balduini (Ja.), † 1235. Tancredus, Roffredus, Accursius (Ac. Accu.), † vers 1260, et ses fils, Odofredus, † 1265. Vacarius, originaire de la Lombardie, et élève de Bologne, enseigna le droit romain à Oxford et fit un extrait du Digeste et du Code en neuf livres sous le titre : *Liber ex universo enucleato jure exceptus et pauperibus præsertim destinatus.*

[30] On accuse ordinairement Cervottus, fils d'Accurse et professeur à Padoue, d'avoir ajouté des notes fort stupides aux gloses de son père, et le mot *glossæ Cervinæ* ou *Cervottinæ* a même passé en proverbe pour désigner une sotte observation. Mais d'après le jugement de M. de Savigny, les reproches adressés au fils ne sont pas plus mérités que l'admiration qu'on a vouée au père.

[31] « Quod non adgnoscit glossa, id nec adgnoscit curia. » Aussi dans les pays où le droit romain est encore en vigueur, les passages du Corpus juris qui ne sont pas glosés ne sont pas considérés comme ayant force de loi.

On est bien revenu depuis de cette admiration pour les glossateurs. On leur a reproché leur ignorance en histoire, l'absurdité et le mauvais goût de leurs explications et de leurs exemples, la barbarie de leur style [32]. Cependant ces reproches sont au moins exagérés. D'abord il est injuste de juger les chefs de l'école d'après le texte de la grande glose; il ne faut pas perdre de vue que celle-ci ne nous a pas conservé intactes les explications des premiers glossateurs, et quand on compare le travail d'Accurse avec les ouvrages originaux de Bulgarus et de Placentin, on est amené à croire que la plupart des absurdités que l'on rencontre dans la glose datent de la dernière époque de l'école. On ne peut, à la vérité, nier l'ignorance des glossateurs en histoire; mais ce serait exiger l'impossible que de demander des connaissances historiques à une époque où, depuis des siècles, toute science avait été entièrement abandonnée. Loin de constituer un chef d'accusation contre eux, cette absence de notions historiques est un titre de plus à notre admiration pour les glossateurs. Il n'y a peut-être pas d'exagération à prétendre que l'interprétation du droit romain a fait autant de progrès dans le premier siècle des glossateurs que dans les cinq siècles suivants; et tel qui répète complaisamment les reproches que nous avons signalés, ne se doute souvent pas que la plupart des opinions qu'il adopte et professe sont puisées dans l'exégèse des glossateurs. En effet, quand on fait abstraction des défauts accessoires qui appartiennent, du reste, à un plus haut degré, à tous les travaux scientifiques de l'époque, il est impossible de n'être point frappé de la pénétration extraordinaire avec laquelle les glossateurs saisissent l'esprit des dispositions légales, et de la sagacité étonnante avec laquelle ils savent les combiner et les expliquer les unes par les autres sans perdre de vue le véritable point de la question qu'ils traitent. Un autre mérite dont nous devons leur tenir compte est le soin qu'ils ont donné à la critique du texte du Corpus

[32] On trouve de nombreux passages à l'appui de ces reproches dans l'*Histoire du droit romain* de M. Berriat de Saint-Prix, pages 288 et suiv. Voici encore quelques échantillons. Le nom de la loi Furia Caninia pourrait venir de *canis*, parce que l'homme qui ne peut affranchir ses esclaves par testament ressemble à un chien qui ne veut laisser approcher personne de sa botte de foin, quoique lui-même ne puisse en tirer aucun avantage; sic nec sibi (homo) poterat tenere servos, quia moriebatur. Gl. ad Tit. I., *de lege Furia Caninia toll.* Justinien était contemporain de Jésus-Christ. Gl. ad *Nov.* 47, c. 1. Le mot *calata comitia* vient du grec καλος et signifie boni conventus ; *lapis* est appelé ainsi quasi lædens pedem, et *argumentum*, quasi argute inventum. Gl. ad § 1, I., *de test. ordinandis.*

juris [33]. Ils connaissaient le *Digeste,* le *Code,* les *Institutes,* l'ancienne version latine des Novelles, appelée *Authenticum* en opposition à l'abrégé de Julien, *Novella.*

Le Digeste était divisé en trois parties, *Digestum vetus* (livre I-XXIV, 2), *Infortiatum* (livres XXIV, 3-XXXVIII), et *Digestum novum* (livre XXXIX-L). Il paraît que dans le principe on ne possédait que la première et la troisième partie, et que cette dernière commençait au milieu du livre XXXV, 2. Par la suite on découvrit la seconde partie, et l'on y joignit la fin du livre XXXV ainsi que les livres XXXVI-XXXVIII, afin d'avoir une division plus rationnelle. C'est probablement à cette addition que la seconde partie doit son nom d'Infortiatum [34]. Quant au *Code,* Irnerius n'en avait d'abord que les neuf premiers livres; ce ne fut que plus tard qu'il eut connaissance des trois autres. La version latine des Novelles, *Authenticum,* servit de base aux glossateurs; l'abrégé de Julien que l'on avait également utilisé tomba bientôt en oubli. De la collection de l'Authenticum on retranchait les novelles qui ne présentaient aucun intérêt pratique, de sorte qu'il n'en restait que 97, que l'on divisait en 9 *collationes,* probablement par analogie du Code [35]. On en faisait des extraits qu'on intercalait dans le Code aux endroits où se trouvaient des constitutions modifiées ou abolies par les novelles. On appelle ces extraits *Authenticæ* [36]. Le Corps de droit des glossateurs se divisait ainsi en cinq parties, dont les trois premières embrassaient le *Digeste;* la quatrième contenait les neuf premiers livres du *Codex;* la cinquième se composait du reste, savoir, des trois derniers livres du *Code,* des neuf *collations* des Novelles auxquelles on ajoutait, sous le nom d'*extraordinariæ* ou *extravagantes,* les autres novelles comme dixième collatio, des *Institutes* et de quelques ordonnances et dispositions étrangères au

[33] Le nom date également du temps des glossateurs. On appelait la collection de Justinien *Corpus juris civilis,* en opposition aux livres du *droit canon.*

[34] De « infortiare, » renforcer. Voyez au reste sur toute cette matière M. de Savigny, t. III, pages 422 et suiv. — La partie qui fut plus tard ajoutée à l'Infortiatum est ordinairement appelée *Tres partes,* des premiers mots du passage par lequel elle commence. Fr. 82, D. *ad leg. Falc.* 35. 2.

[35] Ce qui semble confirmer cette hypothèse, c'est que nous trouvons que pendant une certaine époque les autres novelles (extraordinariæ ou extravagantes) étaient divisées en trois collationes, de sorte qu'il y avait autant de collationes des Novelles que de livres du Code. M. de Savigny. t. III.

[36] Les *Authenticæ* ne sont originairement que des *loci paralleli* ajoutés au Code, et qui plus tard ont passé dans le texte. Il y en a parmi elles treize qui sont tirées d'ordonnances de Frédéric Ier et de Frédéric II, empereurs d'Allemagne.

droit de Justinien[37]. Cette cinquième partie était appelée *Volumen*, c. à d. livre sans dénomination spéciale. — Le texte de l'école de Bologne fut par la suite adopté dans les autres écoles et reçut le nom de *Vulgata* [38].

Au treizième siècle, l'étude du droit romain est en pleine décadence [39]. Vers cette époque s'élève une école nouvelle qui renverse celle des glossateurs. C'est elle qui représente le barbarisme en jurisprudence. Elle y introduisit la dialectique scolastique, et créa cette foule de distinctions, divisions, subdivisions, ampliations et limitations, dont la science n'a pas encore su se débarrasser entièrement. On nomme ordinairement comme fondateur de cette école Bartolus de Saxoferrato, jurisconsulte d'ailleurs fort distingué qui vécut dans la première moitié du quatorzième siècle († 1357); mais l'influence de la scolastique s'était déjà fait sentir longtemps avant lui [40]. Toutefois il ne peut échapper au reproche d'avoir donné dans cette funeste tendance, et de l'avoir puissamment favorisée par son exemple et son autorité. Cette autorité était si grande, qu'en Espagne et en Portugal on attribua force de loi à ses opinions, et qu'à l'université de Padoue on érigea une chaire particulière sous le nom de *lectura textus, glossæ et Bartoli*. Avec Bartole et après lui florissait Baldus de Ubaldis, † 1359, qui avait suivi les leçons de Bartole et que l'on représente ordinairement à tort comme rival de son maître [41].

[37] Savoir, les règles du droit féodal des Lombards (*Feudorum libri* II) et plusieurs constitutions des empereurs d'Allemagne.

[38] On oppose ordinairement à cette *lectio vulgata* le texte du manuscrit de Florence, que les glossateurs distinguaient déjà sous le nom de *littera Pisana*. Le texte d'une édition publiée par Hoffmann (Haloander) a encore obtenu une assez grande autorité pour être placé à côté des deux précédents; et l'on distingue souvent les éditions du Corpus juris en *Vulgatæ, Florentinæ* et *Haloandrinæ* ou *Noricæ*. Le dernier nom vient de la ville de Nuremberg, où l'édition de Haloander fut publiée de 1529 à 1531. Berriat de Saint-Prix, p. 249. Giraud, p. 421.

[39] Avant Bartolus nous remarquons encore les noms suivants : Odofredus, † 1265. Dinus Mugellanus. Jacobus de Belvisio, maître de Bartole. Cinus, † 1336. Albericus de Rosciate et en France Pierre de Belleperche (Petrus de Bella Pertica), † 1308 et Jo. Faber.

[40] M. de Savigny, t. V, p. 529.

[41] D'autres jurisconsultes de la même école : Bartholomæus de Saliceto, † 1402. Raphael Fulgosius, † 1427. Paulus de Castro, † 1441. Alexander Tartagnus, † 1477. Bartholomæus Cæpolla, † 1477. Jason de Mayno, † 1519.

§ 86. *Rénovation du droit romain au seizième siècle.*

Cependant la jurisprudence ne put échapper à l'action que les autres sciences, qui depuis quelque temps avaient commencé à refleurir avec tant d'éclat, devaient nécessairement exercer sur elle. ANGE POLITIEN, † 1494, imprima une nouvelle direction à l'étude du droit, en la mettant en rapport avec celle de l'histoire et en y appliquant surtout une critique sévère [42]. ALCIAT, † 1550, poursuivit l'œuvre commencée par Politien et fut nommé le fondateur de la jurisprudence élégante. Ce ne fut pas sans rencontrer une vive résistance que cette nouvelle tendance prévalut. « Les partisans de l'ancienne école soutenaient que les novateurs ne critiquaient les œuvres des Accursiens et des Bartolistes, que parce qu'ils étaient hors d'état de les comprendre ; et en affectant de regarder leurs excursions littéraires comme un badinage puéril, ils leur infligèrent le nom de *grammairiens, humanistes, nominalistes*, tandis qu'ils s'attribuèrent à eux-mêmes celui de *réalistes*, comme si leurs discussions seules eussent un objet réel » [43]. Malgré ces attaques, l'école élégante l'emporta en Italie [44].

Bientôt la France se plaça à la tête du mouvement. Le droit romain y avait toujours été cultivé malgré les défenses papales [45]; Paris était devenu le modèle des universités du Nord, comme Bologne l'avait été pour Paris; des glossateurs célèbres avaient enseigné en France [46]; des traductions françaises des livres du droit romain avaient été faites au treizième siècle, et nous avons un livre de PIERRE DEFONTAINES, sous Louis IX, dans lequel l'auteur

[42] M. DE SAVIGNY, t. VI, p. 375 et suiv.

[43] M. BERRIAT DE SAINT-PRIX, p. 315.

[44] Nous nous bornons à citer les noms suivants : Æmilius Ferrettus, Marianus Socinus † 1556, neveu du célèbre Barth. Socinus, Lælius et Franciscus Taurelli, Scipion et Albericus Gentilis, Galvanus. On cite aussi un jurisconsulte du nom de Nic. Bonaparte.

[45] Une décrétale du pape Honorius III (1220) avait défendu l'enseignement du droit romain à Paris et dans le pays voisin, « quia in Francia et nonnullis provinciis laici romanorum imperatorum legibus non utuntur. » Cette singulière défense ne fut pleinement levée qu'en 1679. Cependant le parlement en 1568 permit provisoirement d'enseigner le droit romain, et autorisa même en 1576 Cujas à donner des degrés académiques. M. BERRIAT DE SAINT-PRIX, p. 398.

[46] Particulièrement Placentin à Montpellier. Au quatorzième siècle les jurisconsultes français (*ultramontani*) exerçaient même une certaine influence dans les écoles italiennes et favorisaient surtout la tendance scolastique. V. note 40 et M. DE SAVIGNY, t. VI, p. 25 et suiv.

cherche à appliquer aux coutumes françaises des dispositions du Digeste et du Code [47]. Toutefois la France n'avait pas encore produit de jurisconsulte d'un mérite éminent. Vers la fin du seizième siècle, elle éclipsa tout ce qui avait été fait jusqu'alors. Ce furent deux hommes surtout qui assurèrent à la France ce rang élevé. Jacques Cujas (Cujacius), † 1590, le fondateur de la nouvelle méthode exégétique et historique [48], et Doneau (Donellus), † 1591, le premier qui traita dogmatiquement le droit romain d'une manière supérieure [49]. A côté d'eux, d'autres se sont rendus célèbres tant par l'interprétation que par les soins qu'ils ont donnés à la recherche et à la publication des sources du droit romain [50].

Après les Français, ce furent les Belges qui se distinguèrent le plus dans l'étude de notre droit. Ils citent avec orgueil des noms devenus européens [51]. L'Espagne aussi produisit quelques jurisconsultes distingués [52]. L'Allemagne s'était d'abord noblement associée aux travaux de l'école élégante [53]; mais bientôt la tendance

[47] Ce livre, intitulé : *Le conseil que Pierre Defontaines donna à son ami*, se trouve dans *Joinville, histoire de saint Louis*, éd. Ducange. Paris, 1665, P. 3, p. 73-160.

[48] Voyez l'*Histoire de Cujas* qui forme l'appendice de l'*Histoire du droit romain de* M. Berriat de Saint-Prix, page 373-611.

[49] Doneau, qui à Bourges avait été le rival de Cujas, se vit obligé de quitter la France pour cause de religion. Il enseigna successivement à Heidelberg, Leyde et Altorf, et mourut dans cette dernière ville en 1591. Aussi sa réputation a été plus grande en Allemagne qu'en France.

[50] Avant Cujas : Budée, Amaury Bouchard, Eg. Baron, † 1550, de Connan, † 1550, Coras, Duarein, † 1559, Aymar de Ranconnet, du Tillet (Tilius), † 1570, Le Mire (Miræus), Baudouin (Balduinus), † 1573, de Vintimille, du Ferrier, le maître de Cujas. Puis Ant. Le Conte, † 1577, Fr. Hotman, † 1590, Le Caron (Charondas), Brisson, † 1591, Labitte, Duprat, Roussard, les frères Pithou (Petrus et Franc. Pithœi), Pierre du Faur (Faber), † 1600. Au dix-septième siècle Jule Pacius, Maranus, † 1621, Baudoche(ab Area Baudoza), de la Coste, † 1637, Denys Godefroi, † 1622 et son fils Jacques, † 1652, (Gothofredus), Merille, † 1647, Fabrot, † 1669, de Hauteserre (Alteserra), Menages, † 1692, enfin Domat, † 1695, qui dans ses *Lois civiles* essaya de créer un nouveau système de droit.

[51] Viglius de Zuichem ab Aytta, † 1577, Mudée, Agylæus, Rævardus, † 1568, Joannes a Sande, Van Giffen (Giphanius), † 1604, Van Merle (Paulus Merula), Sibrand Siccama, Hugo Grotius, † 1645, Merenda, † 1658, Van Leeuwen, Vinnius, † 1657, Ulr. Huber, † 1694. Ces deux derniers appartiennent déjà à la tendance réaliste. Cette direction est prédominante dans Jo. Voet.

[52] Antonius Augustinus, † 1585, Fernandez de Retes, † 1678, Ramos del Manzano, † 1683.—Ant. Govea (Goveanus), † 1565, né en Portugal, reçut son éducation en France.

[53] Hoffmann (Greg. Haloander), † 1531, se rendit célèbre par son édition du

pratique prévalut : les réalistes supplantèrent les nominalistes.

Au dix-huitième siècle, cette direction devint dominante dans l'Europe entière. Ce n'est guère que dans les Pays-Bas que l'on trouve encore des partisans de la jurisprudence élégante, auxquels viennent se joindre quelques Italiens et Espagnols [54]. La France n'eut qu'un seul romaniste marquant, R. J. POTHIER, †1772. Parmi le grand nombre de jurisconsultes allemands, il n'y a guère que J. G. HEINECKE (HEINECCIUS), † 1741, qu'on puisse opposer aux illustrations des autres époques [55].

« Mais depuis la fin du dix-huitième siècle, un mouvement extraordinaire s'est manifesté en Allemagne. L'étude du droit romain y a été reprise avec une ferveur qui rappelle l'enthousiasme du seizième siècle ; et comme au seizième siècle aussi, de précieuses découvertes sont venues en aide aux hommes qui ont relevé l'étendard des hautes études juridiques. La République de Cicéron, les fragments de Symmaque, de Denys d'Halicarnasse, de Lydus, des fragments du Vatican, et par-dessus tout, l'inestimable manuscrit des Institutes de Gaius ont fourni aux investigations des contemporains une mine dont la richesse ne sera pas épuisée de longtemps [56]. »

Corpus juris. V. note 58. Ulr. Zase, † 1535, Sichard, Lowenklau, † 1593, Vultejus, † 1634, Bachov von Echt, † 1635, Rittershausen, Wissenbach, † 1665.

[54] Perizonius, Noodt, † 1725, Schulting, † 1734, Brenkmann, † 1736, Westenberg, † 1737, Van Bynkershoek, Wieling, † 1746, Reitz, † 1769, Voorda, † 1767, Meerman, † 1771.—En Italie, Gravina, † 1718, et Averanius, dont les Interpretationes juris furent imprimées à Leyde, 1751. — Le célèbre Espagnol Majans, † 1781, aussi trouva plus de sympathie en Hollande que dans sa patrie.

[55] Parmi les autres jurisconsultes allemands de cette époque, nous pouvons encore citer : Carpzov, † 1666, Brunnemann, † 1672, Lauterbach, † 1678, Thomasius, † 1728, les deux Bœhmer, Conradi, † 1748, de Leyser, † 1752, Sam. de Cocceji, † 1755, Bach, † 1758, Gebauer, † 1773, Höpfner, † 1797, etc.

[56] M. BLONDEAU, *Institutes*, t. I, cinquième appendice, page 464.

LIVRE PREMIER.

NOTIONS GÉNÉRALES ET PRÉLIMINAIRES.

TITRE PREMIER.

DES DROITS EN GÉNÉRAL.

NOTION ET DIVISION DES DROITS.

§ 87. *Notion.*

L'élément fondamental de tout *droit* est la volonté de l'homme se dirigeant vers un objet, lequel peut exister ou dans la personnalité de l'homme qui a le droit, ou en dehors de cette personnalité. La volonté de l'individu acquiert une efficacité extérieure dès qu'elle est reconnue par d'autres : ainsi dans la société elle aura force et valeur générales, lorsqu'elle sera reconnue par ceux qui constituent l'État. Dans les législations positives, l'idée du droit suppose donc nécessairement : 1° un *sujet* dont la volonté est l'élément fondamental du droit; 2° un *objet* auquel cette volonté se rapporte; et 3° elle exige que cette volonté soit *reconnue et garantie par la loi* [1].

On dit souvent qu'en outre, tout droit suppose une obligation (* *jus et obligatio sunt correlata* *) [2]. Cet adage manque d'exactitude; par rapport au droit romain, il est même entièrement faux. Car,

[1] Nous employons ici le mot *loi* dans un sens très-étendu pour désigner l'ensemble des règles qui constituent le *droit* d'un peuple.

[2] Les mots ou les phrases renfermés entre deux astérisques ne se trouvent pas dans nos sources, et doivent leur origine aux interprètes modernes.

d'après le langage des Romains, on doit entendre par *obligation* un rapport entre deux personnes *déterminées*, en vertu duquel l'une d'elles est tenue à une prestation envers l'autre. Or ce rapport ne résulte point nécessairement de tout droit. Ainsi le droit de propriété, qui m'assure le pouvoir absolu sur une chose, ne suppose point un rapport obligatoire entre moi et une autre personne quelconque; au contraire, ce droit existe abstraction faite de toute autre personne; et si même le genre humain, moi seul excepté, venait à disparaître, la chose en question n'en continuerait pas moins de m'appartenir[3]. A la vérité, si quelqu'un lèse ma propriété, me vole ma chose ou la détériore, il s'établira, entre lui et moi, une obligation par suite de laquelle il sera tenu de réparer le dommage qu'il m'aura fait; mais la cause de cette obligation, c'est la lésion dont il s'est rendu coupable, et non mon droit de propriété, lequel existait avant comme après la lésion. La propriété ne suppose donc point d'obligation corrélative. Il en est de même de plusieurs autres droits. Pareille corrélation n'existe que dans une classe particulière de droits, que les Romains, par cette raison, appellent *obligationes*, et dont nous parlerons ultérieurement au § 89 et au livre troisième.

§ 88. *Droits du jus gentium; droits du jus civile* [4].

Un droit, dans le sens légal, n'existe que pour autant que la loi le reconnaisse et le protége.

Sous ce rapport, il y a en droit romain une distinction importante entre les droits qui dérivent du *jus civile* et ceux qui ne sont

[3] Pour sauver le proverbe « *jus et obligatio sunt correlata* » on dit qu'à mon droit de propriété correspond le devoir de tous les autres hommes de ne point léser mon droit. Ce que nous venons de dire montre combien peu cet argument est solide, puisque le droit de propriété peut exister abstraction faite de tous les hommes, hors le propriétaire. Au reste, quand même on voudrait admettre ce *devoir négatif* comme un élément constitutif du droit de propriété, encore ne pourrait-on point lui donner le nom d'obligation. Sans parler du droit romain, il répugne au bon sens que le propriétaire d'un cheval, par exemple, puisse dire que tous les hommes sont obligés envers lui.

[4] Toute division rationnelle des droits doit évidemment se baser sur les éléments constitutifs de l'idée du droit. Nous distinguerons donc les droits 1° d'après le *sujet* auquel ils compètent, § 89; 2° d'après l'*objet* auquel ils se rapportent, § 90; 3° d'après l'efficacité de la *garantie* que la loi leur accorde, § 88. Nous serons obligés en outre de dire quelques mots sur d'autres divisions créées par l'école, § 91.

fondés que sur le *jus gentium*. Les premiers seuls jouissent de la protection légale dans toute son étendue.

Nous avons fait observer (§ 33) que, dans le principe, les Romains ne reconnaissaient d'autres droits que ceux que consacrait leur loi nationale. Les étrangers étaient considérés comme étant sans droits; et les citoyens eux-mêmes ne pouvaient invoquer la garantie de la justice pour les droits qu'ils prétendaient leur appartenir que pour autant que ces droits fussent établis d'une manière conforme à leur *jus civile*. A la longue, ces idées exclusives perdirent de leur rigueur; les étrangers jouirent également de la protection des lois, et l'on s'habitua peu à peu à tenir compte des idées que l'on trouvait reçues chez les autres nations et que par cela même on considérait comme étant fondées en raison. L'influence de ces idées se fit même sentir dans le droit national, et cette tendance fut particulièrement favorisée par l'autorité des préteurs, par les travaux des jurisconsultes, et surtout par la législation impériale, qui cherchait à fondre les divers éléments dont l'empire était composé. Caracalla fit un grand pas dans cette voie en accordant le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et en affaiblissant ainsi la rigidité du *jus civile* en même temps qu'il en étendait la domination (§ 53). Cette action réciproque fit perdre de plus en plus au *jus civile* le caractère exclusif de ses formes, et dans la même proportion, les institutions du *jus gentium* acquirent de l'efficacité. Aussi trouvons-nous que dans les derniers temps ce rapprochement a amené une fusion presque complète. Dans le droit de Justinien, la plupart des institutions du *jus gentium* ont reçu la sanction de la législation, et la grande distinction a par conséquent perdu beaucoup de son importance. Toutefois elle subsiste encore plus ou moins dans certaines parties; c'est dans les droits d'obligation, dans les relations de famille et dans le droit héréditaire qu'elle se fait surtout remarquer. Nous aurons soin de donner les détails aux endroits convenables. Ici nous pouvons nous borner à dire que *les droits* consacrés par le *jus civile* jouissent de la protection légale dans toute son étendue, et que particulièrement celui à qui un pareil droit appartient peut en poursuivre la reconnaissance devant les tribunaux; tandis que les *droits* qui ne sont fondés que sur le *jus gentium*, quoique garantis par une protection plus ou moins efficace, ne donnent point lieu à l'intervention active de la justice, ni aux mesures coercitives dont elle dispose (Voyez encore ci-après § 127).

Observation. Dans nos sources nous trouvons une autre distinc-

tion en *jus naturæ* ou *naturale, jus gentium* et *jus civile* [5]. Par *jus naturæ* on entend les règles qui se rapportent à la vie animale et qui nous sont innées comme par instinct, par exemple, l'union du mâle et de la femelle, la procréation et l'éducation des enfants, le droit de se défendre contre une attaque [6]. Le *jus gentium,* d'après les passages qui établissent cette distinction, serait le droit qui est commun au genre humain et qui est une conséquence nécessaire de la vie humaine et des relations qui existent entre les hommes; mais il est plus exact de dire qu'on entendait par là une abstraction de ce qu'on trouvait exister chez tous les peuples connus, et que l'on croyait par cela même être fondé en raison (*naturalis ratio*) [7]. Dans cette acception, le *jus gentium* ne diffère guère de ce qu'on appelait autrefois *droit naturel.* — Nous nous sommes borné à distinguer entre *jus civile* et *jus gentium* par la raison que ces lois d'instinct, qu'on appelle *jus naturæ,* sont tout à fait étrangères au droit proprement dit. Aussi nos jurisconsultes n'en tiennent-ils guère compte dans l'application, et se servent-ils fréquemment des mots *jus naturale, naturalis ratio,* pour désigner des institutions qui, d'après la division indiquée, appartiendraient au *jus gentium* [8].

[5] Ulpien, Fr., 1, § 3, D., *de justitia et jure* 1, 1. « — ... Privatum jus tripartitum est : collectum etenim est ex *naturalibus præceptis* aut *gentium* aut *civilibus.* » — § 4, I., *eod.* 1, 1. — Voyez encore Aulu-Gelle, VII, 3 in fine. — *Fragm. de juris spec.*, 1. — Fr. 31, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 64, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Isidore, *Orig.*, V, 4.

[6] Ulpien, Fr., 1, § 3, D., *de just. et jure* 1, 1. « Jus naturale est quod natura omnia animalia docuit; nam jus istud non humani generis proprium est, sed omnium animalium, quæ in cœlo, quæ in terra, quæ in mari nascuntur. Hinc descendit maris atque feminæ conjugatio, quam nos matrimonium appellamus; hinc liberorum procreatio et educatio. Videmus etenim cetera quoque animalia, feras etiam, istius juris peritia censeri. » Ce passage est reproduit au Pr. I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2. — Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata,* 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. » Voyez cependant note 8.

[7] § 1, I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2. « — Quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populos peræque custoditur, vocaturque *jus gentium,* quasi *quo jure omnes gentes utuntur.* » — § 2, I., *eod.* « ... Jus autem gentium omni humano generi commune est. Nam usu exigente et humanis necessitatibus, gentes humanæ quædam sibi constituerunt. Bella etenim orta sunt, et captivitates secutæ et servitutes, quæ sunt juri naturali contraria : jure enim naturali ab initio omnes homines liberi nascuntur. Ex hoc jure gentium et omnes pæne contractus introducti sunt, ut emtio venditio, locatio conductio, societas, depositum, mutuum et alii innumerabiles. »

[8] Nous tirons les citations suivantes de M. F. A. Schilling, *Lehrbuch für Insti-*

— Au reste, la distinction que nous admettons, en *jus civile* et *jus gentium*, prédomine en général dans l'antiquité [9].

§ 89. *Jura generalia.* — *Jura singularia* (*Privilegia, Beneficia legis*).

Une disposition légale peut se rapporter à tous les citoyens ou à une partie des citoyens seulement. Dans le premier cas, on l'appelle *jus generale* ou *commune;* dans le second, *jus singulare.* De même, les droits qui en dérivent sont appelés *jura generalia* ou *jura singularia* [10]. Ces derniers sont aussi appelés *privilegia* ou *beneficia*

tutionen und Geschichte des röm. Privatrechts, Leipzig, 1837, t. II, p. 32. NATURALIS RATIO, GAIUS, I, 89. 189, II, 66. 69.— § 1, I., *de jure nat. et civ.* 1, 2. — Pr. I., *de nupt.* 1, 10. — § 35, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 4, pr. D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 3, pr. D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 7, pr. D., *de bon. damnat.* 48, 20. — NATURA, Fr. 14, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Fr. 84, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17. — JUS NATURÆ OU NATURALE, Fr. 206, D., *de reg. juris* 50, 17. — § 6, I., *de Atil. tut.* 1, 20. — § 37. 40, I., *de rer. div.* 2, 1. — LEX NATURÆ OU NATURALIS, Fr. 24, D., *de statu hom.* 1, 5. — Fr. 1, § 3, D., *de furtis* 47, 2. — NATURALIS ÆQUITAS, § 40, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 1, pr. D., *de pact.* 2, 14. — Fr. 1, pr. D., *de pecun. constit.* 13, 5. — Fr. 9, § 3, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 19, pr. D., *de captiv.* 49, 15, etc. — Souvent même le mot *jus naturale* est employé dans un sens qui exclut la définition donnée à la note 6, par exemple. « Quod semper æquum et bonum est. » Fr. 11, D., *de just. et jure* 1, 1. — « Omni in re consensio omnium gentium, lex naturæ putanda est. » CIC. *Tuscul.*, I, 13.— Voyez encore CIC., *de off.*, III, 5; *de invent.*, II, 22. — § 11, I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2, et SCHRADER, ad h. l.

[9] CICÉRON, *de off.*, III, 5. « Neque vero hoc solum *natura*, id est, *jure gentium*, sed etiam *legibus populorum*, quibus in *singulis civitatibus* res publica continetur,... constitutum est; » *ibid.* 17. « Itaque majores aliud *jus gentium*, aliud *jus civile* esse voluerunt; » *pro Sextio*, 42. « Ut quodam tempore homines, nondum neque *naturali*, neque *civili* jure descripto, fusi per agros ac dispersi vagarentur. » — GAIUS, I, 1. — § 11, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9. 11, D., *de just. et jure* 1, 1. — Fr. 2. 4, D., *de div. rer.* 1, 8. — Fr. 1, pr. D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.— Fr. 84, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17.

[10] Ces termes se trouvent dans nos sources; mais ils n'y ont pas la signification technique et exclusive que nous leur donnons. Ordinairement on distingue le *jus generale* d'avec le *jus commune*, en considérant le premier comme s'appliquant à *tous les citoyens* et le second à *toutes les parties du territoire*. Cette distinction peut avoir quelque utilité dans certaines questions; elle n'en a point pour nous.—La division en *jura generalia* et *singularia*, appliquée aux constitutions impériales, se trouve § 6, I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2. « ... Plane ex his (constitutionibus) quædam sunt *personales*, neque ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult; nam quod alicui ob merita indulsit, vel si cui pœnam irrogavit, vel si cui sine exemplo subvenit, perso-

legis; cependant on se sert particulièrement du mot *privilegium* quand il s'agit d'un droit exceptionnellement accordé à un ou à plusieurs individus déterminés, tandis que par le mot *beneficia legis* on désigne des *jura singularia* accordés à toute une catégorie d'individus [11].

On distingue encore les *privilegia legalia* et les *pactitia* selon qu'ils dérivent d'un acte spontané du pouvoir législatif ou bien d'une convention faite entre un particulier et l'État. Les premiers peuvent être révoqués par le pouvoir législatif sans que le consentement du privilégié soit nécessaire; les derniers ne peuvent l'être ainsi, parce que la convention établit entre les parties contractantes un lien obligatoire que ne peut dissoudre la seule volonté de l'une d'elles.

On divise communément les priviléges en *privilegia personæ, rei* et *causæ*, selon qu'ils sont accordés à une personne déterminée, ou qu'ils sont attachés à une chose ou à un droit. Les premiers s'éteignent par la mort de la personne à laquelle ils appartiennent; les *privilegia rei* et *causæ* passent à tous ceux qui succèdent dans la chose ou dans les droits auxquels ils sont attachés.

Les commentateurs ont encore établi plusieurs autres divisions des priviléges, que nous pouvons nous dispenser de reproduire, d'abord parce qu'elles n'ont guère d'utilité, ensuite parce que le nom seul en indique d'ordinaire suffisamment la signification [12].

§ 90. *Division des droits, fondée sur la différence des objets auxquels ils se rapportent.*

Les droits peuvent se rapporter ou à l'homme même auquel ils

nam non egreditur. Aliæ autem cum *generales* sunt, omnes procul dubio tenent. » — Fr. 1, § 2, D., *de const. princ.* 1, 4.

[11] Il est évident que le mot « *beneficium legis* » ne peut être appliqué qu'au *jus singulare* qui accorde un avantage. Le mot *privilége* a le même sens dans le langage ordinaire; mais originairement il signifie toute dérogation à un principe général faite en faveur ou au préjudice d'un particulier. AULU-GELLE, X, 20. « ... Non sunt enim generalia jussa... sed de singulis concepta; quocirca *privilegia* potius vocari debent, quia veteres *priva* dixerunt, quæ nos singula dicimus. » — CIC., *de leg.*, III, 19. « In privos homines *leges* ferri noluerunt : id est enim *privilegium*. » Dans le passage de la loi des XII Tables « *privilegia ne irroganto* » (CIC., *de leg.*, III, 19; *pro Sextio* 30) *privilegium* est employé dans le sens le plus restreint.

[12] Par exemple, *privilegia favorabilia, odiosa — gratuita, onerosa — gratiosa, conventionalia*, etc.

appartiennent, à sa personnalité, ou bien à un objet quelconque vers lequel sa volonté se dirige [13]. On peut donner à la première catégorie le nom de *droits personnels*, et à la seconde, le nom de *droits patrimoniaux*.

Dans la catégorie des droits *personnels* nous rangeons d'abord les droits politiques, dont nous n'avons à nous occuper que pour autant qu'ils influent sur le droit privé; puis tous les droits qui touchent à l'état de l'homme, et enfin ceux qui modifient la capacité d'agir, celle d'acquérir des biens et d'en disposer.

La seconde catégorie se subdivise naturellement en deux classes: 1° Notre volonté se dirige vers un de nos semblables; nous avons le droit d'exiger de lui qu'il fasse quelque chose en notre faveur. Cette classe de droits suppose donc nécessairement deux personnes déterminées, l'une qui a le droit, et l'autre dont le fait constitue l'objet du droit. Les Romains les appellent *obligationes*. 2° Notre volonté se rapporte à une chose, abstraction faite de tout individu autre que nous. Cette classe de droits ne suppose l'intervention d'aucune personne déterminée en dehors de celle à qui ce droit compète. Les Romains n'ont pas de nom générique pour les désigner. Nous les appellerons *droits réels*.

Observation. Cette division en *droits personnels*, *droits d'obligations* et *droits réels*, embrasse évidemment tous les droits imaginables; aussi pourrait-elle servir de base à notre exposé dogmatique, qui dès lors se composerait de trois livres. Mais des raisons de méthode nous obligent d'adopter une autre classification. Après la mort d'un individu, ses biens passent à d'autres individus qui sont censés continuer la personne du défunt par rapport à ses biens. Cette succession, bien que comprenant peut-être des droits réels et des obligations, est considérée comme un tout, un ensemble, dont l'acquisition est réglée par des dispositions particu-

[13] La même division est adoptée dans les *Institutes* de Gaius et de Justinien; seulement on y trouve encore une troisième classe comprenant les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre et de faire valoir nos droits, les *actiones*. Nous croyons plus conséquent et plus commode de traiter des diverses actions, lorsque nous nous occuperons des matières auxquelles elles se rapportent, sauf à consacrer un titre des *Notions préliminaires* aux principes généraux des actions. — Au reste, dans les passages qui contiennent cette division (« *Omne jus, quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones.* » Gaius, I, 8. — § 12, I., *de jure nat. gent. et civ.* 1, 2), le *jus rerum* n'est point subdivisé. C'est pourquoi les commentateurs ont douté s'il fallait ranger les *obligations* dans le *jus rerum* ou bien dans les *actiones*. Voyez ci-après titre V, et livre III, titre I.

lières qui, à cause de leur importance et de leur difficulté, demandent nécessairement à être examinées séparément. Cela nous oblige à admettre un quatrième livre qui traite des successions à cause de mort ou du *droit héréditaire.* Des considérations analogues nous engagent à détacher certaines parties des trois classes principales pour en faire un livre particulier. En effet, les relations de famille, tout en rentrant dans la catégorie des droits personnels, ne laissent pas d'exercer une influence notable sur les droits patrimoniaux des membres de la famille. Ce sont les modifications qui en résultent que nous examinerons dans un cinquième livre intitulé *droit de famille.* Toutefois en détachant ainsi des droits personnels tous ceux qui tiennent à la famille, nous en avons restreint le nombre et l'importance au point de n'avoir plus besoin de leur consacrer un livre particulier et de pouvoir nous borner à les exposer rapidement dans une introduction contenant des *notions générales* et *préliminaires.* Voici donc la division de notre ouvrage :

LIVRE I. *Notions générales et préliminaires.*
LIVRE II. *Droits réels.*
LIVRE III. *Droits d'obligations.*
LIVRE IV. *Droit de famille.*
LIVRE V. *Droit héréditaire.*

Au reste, tout en adoptant cette division, nous tiendrons toujours compte de la classification rationnelle indiquée dans le paragraphe, classification dont nous aurons souvent l'occasion de faire ressortir l'utilité et l'importance.

§ 91. *Diverses autres divisions.*

Les divisions que nous avons exposées dans les §§ 88-90, ont pour base les différences qui peuvent exister dans les éléments constitutifs de l'idée du droit. L'école a créé encore plusieurs autres divisions plus ou moins arbitraires, et en général peu utiles. Ainsi l'on parle de droits *primitifs* ou *absolus,* qui appartiennent à l'homme par cela seul qu'il existe, et de *droits dérivés* ou *hypothétiques,* que l'homme n'a que pour autant qu'il les acquière; on parle aussi de droits *affirmatifs* et de droits *négatifs*, selon que l'objet du droit est un acte positif ou une omission, etc.—On distingue encore les droits *présents* et les droits *futurs* (*Jura præsentia—futura*). Rigoureusement parlant, il n'y a que des droits présents : un droit existe ou n'existe pas. Mais on donne le nom de droit futur à l'espérance

d'acquérir et d'avoir un droit, quand cette espérance est protégée par la loi. Nous nous bornons ici à citer comme exemple l'hypothèque conditionnelle, le cautionnement fourni pour une dette qui n'existe pas encore, les mesures que la loi prescrit pour protéger les droits d'un enfant qui n'est pas encore né [14].

COMMENT LES DROITS S'EXERCENT.

§ 92. *Règles générales.*

Avoir un droit, c'est pouvoir l'exercer.

On peut exercer son droit, quand même par là on nuirait à un autre [15]. * *Qui jure suo utitur, neminem lædit**. Cependant la loi défend d'exercer un droit dans la seule intention de nuire à autrui, sans que nous ayons un intérêt d'agir ainsi. Au reste, cette disposition, qui se rapporte à un cas tout à fait spécial, ne saurait être appliquée qu'avec la plus grande précaution [16].

En général, on peut exercer tout droit tant par soi-même que par un autre qui nous représente. Toutefois à cette règle il y a quelques exceptions qui dérivent soit de la nature même des droits, par exemple les droits politiques, soit d'une disposition particulière de la loi. Sous ce dernier rapport nous remarquons surtout en droit romain plusieurs exceptions fondées sur l'ancienne organisation judiciaire. Nous les indiquerons aux endroits convenables.

[14] Fr. 13, § 5, D., *de pignor.* 20, 1.—Fr. 35, in f. D., *de judic.* 5, 1. « ... Neminem puto dubitaturum, quin fidejussor ante obligationem rei accipi possit. » — Fr. 30, § 1, D., *de acquir. hered.* 29, 2. — Fr. 3, D., *si pars hereditatis petatur* 5, 4. — Fr. 7, pr. 5, *de damno inf.* 39, 2.

[15] Fr. 55, D., *de regulis juris* 50, 17. « Nullus videtur dolo facere qui suo jure utitur. » Fr. 151, D., *eod.* « Nemo damnum facit, nisi qui id fecit, quod facere jus non habet. » —Des applications de ce principe se trouvent : Fr. 9, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 24, § 12. Fr. 26, D., *de damno infecto* 39, 2. —Fr. 155, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17.

[16] Fr. 1, § 12, D., *de aq. pluv. arc. act.* 39, 3. « ... Marcellus scribit, cum eo, qui in suo fodiens vicini fontem avertit, nihil posse agi... *si non animo vicino nocendi, sed suum agrum meliorem faciendi id fecit.*— Fr. 2, § 5, D., *eod.* « ... Opinor utilem actionem vel interdictum mihi competere adversus vicinum, si velim aggerem restituere in agro ejus, *qui factus mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturus est.* » — Voyez encore Fr. 1, § 11, D., *eod.* et Fr. 38, in f. D., *de rei vindic.* 6, 1. « ... Neque malitiis indulgendum est. »

Celui qui a un droit peut par cela même faire tout ce qui est nécessaire à l'exercice de ce droit [17]; mais aussi il est tenu de supporter les charges qui y sont inhérentes [18].

Enfin il résulte de la nature des droits que nous sommes libres de les exercer ou de ne pas les exercer [19]. Le non-exercice de notre droit ne change rien à son existence. Cependant il est une classe de droits, que la loi n'accorde qu'à condition qu'on les fasse valoir dans un certain temps. Ce sont les *actions*, c'est-à-dire les moyens que la loi nous donne afin de poursuivre en justice la reconnaissance d'un droit. Or si nous n'usons pas de ces moyens dans le délai déterminé par la loi, nous ne pouvons plus y avoir recours, ou du moins notre adversaire peut refuser de suivre l'appel que nous faisons à la justice. Les actions donc peuvent s'éteindre par le simple non-usage; mais ce mode d'extinction n'existe point pour les autres droits [20].

Observation. Beaucoup d'auteurs ont pensé qu'en général tous les droits peuvent s'éteindre par non-usage. Cependant comme cette opinion était tout à fait inadmissible à l'égard de plusieurs droits, ils ont formulé une distinction des actions humaines en * *res meræ facultatis* * et * *res non meræ facultatis* *. Par *res meræ facultatis* ils entendaient les actes que nous pouvons faire ou omettre, sans qu'il en résulte une perte ou une modification de notre droit; et ils y comptaient par exemple le droit de faire un testament, de se marier, de porter un chapeau, etc. *Res non meræ facultatis* étaient les actes dont l'omission peut nous faire perdre notre droit. Dans cette classe on rangeait presque tous les actes qui se rapportent au droit privé. Cette distinction, aussi absurde en droit naturel qu'inutile en droit romain, n'est plus guère usitée aujourd'hui.

[17] Fr. 10, D., *de servitutibus* 8, 1. « Si iter legatum sit, qua, nisi opere facto, iri non possit, licere fodiendo, substruendo iter facere, Proculus ait. » — Fr. 20, § 1, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 3, § 3, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 11, D., *communia præd.* 8, 4.

[18] Fr. 10, D., *de regulis juris* 50, 17. « Secundum naturam est, commoda cujusque rei eum sequi, quem sequentur incommoda. » — L. un. § 4, C., *de caducis tollendis* 6, 51. « Neque enim ferendus est is, qui lucrum quidem amplectitur, onus autem ei annexum contemnit. »

[19] Fr. 41, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Unicuique licet contemnere hæc quæ pro se introducta sunt. » — L. un., C., *ut nemo invitus agere cogatur* 3, 7.

[20] Nous devons nous borner à mentionner ici le principe, sauf à en fournir la preuve par la suite. Voy. ci-après titre V; livre II, titre II, et livre III, vers la fin.

§ 93. *Conflit de droits.*

Plusieurs droits différents peuvent se rencontrer soit dans la même personne, soit par rapport au même objet. Les commentateurs distinguent ces deux cas par les noms de * *concursus subjectivus* * et * *concursus objectivus* *. Le premier cas ne peut donner lieu à aucune difficulté : la personne à laquelle les droits compètent peut les exercer comme bon lui semble. Le second cas peut se présenter de deux manières. Il est possible d'exercer tous les droits concurremment sans que l'exercice de l'un empêche l'exercice de l'autre. Par exemple A est propriétaire d'un fonds, B en a l'usufruit, C a un droit de passage sur le même fonds, enfin D peut avoir une hypothèque à charge de l'immeuble. — Ou bien l'exercice de l'un exclut ou empêche l'exercice de l'autre.

C'est de ce dernier cas, appelé par les commentateurs * *conflictus jurium* *, que nous nous occupons ici. Nos sources contiennent grand nombre de décisions spéciales sur cette matière; nous y trouvons aussi quelques règles générales qu'il est utile de connaitre :

1° Quand il s'agit de droits que deux personnes ont respectivement l'une contre l'autre, particulièrement quand il y a conflit entre deux priviléges ou *beneficia legis,* la loi protége plutôt la personne qui veut éviter une perte, * *qui certat de damno evitando* *, que celle qui cherche à s'enrichir, * *qui certat de lucro faciendo* * [21]. Sous ce rapport il est à remarquer que le droit romain considère comme perte la restitution d'une chose qu'on a consommée [22].

2° Quand il s'agit de droits réels, c'est le plus ancien qui l'emporte. *Prior tempore potior jure* [23].

[21] Fr. 41, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17. « In re obscura melius est favere repetitioni, quam adventitio lucro. » — Fr. 14, § 1, D., *de religiosis* 9, 7. « ... Melius est legatarium non lucrari, quam emtorem damno adfici. » — Fr. 14, D., *de condict. indeb.* 12, 6. « ... Natura æquum est neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem. » — L. 22, § 3, C., *de jure deliberandi* 6, 30.

[22] Fr. 11, § 6, D., *de minoribus* 4, 4. « ... Idem quæritur, si minor adversus minorem restitui desiderat, an sit audiendus... Puto... inspiciendum... quis captus sit; proinde si ambo capti sunt, verbi gratia, minor minori pecuniam dedit, et ille perdidit, melior est causa secundum Pomponium ejus, qui accepit, et vel dilapidavit, vel perdidit. » — Fr. 34, D., *eod.*

[23] Cette règle s'applique surtout aux hypothèques. — Voyez aussi Fr. 98, D., *de reg. jur.* 50, 17. « Quoties utriusque causa lucri ratio vertitur, is præferendus est, cujus in lucrum causa *tempore præcedit.* » — Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. — L. 8, C., *eod.* — Fr. 26, D., *locati* 19, 2.

3° Si cette règle ne peut être appliquée, on accorde la préférence à la personne qui se trouve en possession de l'objet litigieux. *Melior est causa possidentis* [24].

4° Si ces règles ne suffisent pas pour résoudre la question, on doit recourir au partage de la chose [25]. Quand le partage ne peut s'opérer, il reste un dernier moyen; c'est de tirer au sort. Cependant il est à remarquer que les lois n'y ont recours que dans des cas où le tirage au sort, tout en accordant une faveur à l'un des intéressés, ne prive point les autres de l'avantage qu'ils peuvent espérer de leur droit [26].

Enfin dans certains cas le conflit est tel, qu'aucune de ces règles ne puisse être appliquée : alors l'existence de l'un des droits s'oppose à l'exercice de l'autre. * *Privilegiatus contra æque privilegiatum jure suo non utitur* * [27].

En matière de conflit on cite encore souvent la règle que le droit spécial exclut le droit général. Cette régle est en général vraie, mais elle ne s'applique point au cas dont nous parlons; car il n'y a pas de conflit quand de deux droits l'un exclut l'autre [28].

[24] Fr. 126, § 2, D., *de reg. jur.* 50, 17. « Cum de lucro duorum quæratur, melior est causa possidentis. » Fr. 128, pr. D., *eod.* « In pari causa possessor potior haberi debet. » — Fr. 9, § 4, D., *de Public. in rem act.* 6, 2. — Fr. 14, pr. D., *de noxal. act.* 9, 4. — Fr. 8, D., *de condict. ob turp. caus.* 12, 5.

[25] Fr. 7, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. — Fr. 33, D., *de legatis I* (30).

[26] § 23, I., *de legatis* 2, 20. « Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat... In nostra constitutione additum est, ut, sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo, sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente, ne pereat legatum... fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte esse hoc dirimendum, ut, ad quem sors perveniat, illius sententia in optione præcellat. » L. 3, pr. C., *comm. de legat.* 6, 43. — Fr. 14, D., *de judic.* 5, 1. — Fr. 5, D., *famil. ercisc.* 10, 2. — Fr. 24, § 17, D., *de fideic. libert.* 40, 5.

[27] Fr. 36, D., *de dolo malo* 4, 3. « Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo non agent. » — Fr. 57 in f. D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 39, D., *soluto matr.* 24, 3. — Fr. 42. 43, D., *de hered. instit.* 28, 5.

[28] Fr. 80, D., *de regul. jur.* 50, 17. « In toto jure generi per speciem derogatur, et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est. » — Fr. 41, D., *de pœnis* 48, 19. — Fr. 1, pr. D., *de auro argento leg.* 34, 2.

COMMENT LES DROITS S'ACQUIÈRENT ET SE PERDENT. — DE LA SUCCESSION DANS LES DROITS D'UN AUTRE.

§ 94.

L'acquisition d'un droit suppose toujours la réunion des trois conditions suivantes : 1° un *sujet,* une personne qui acquière; 2° un *objet* sur lequel le droit puisse s'établir; 3° un *mode d'acquisition* [29]. Dans certains cas, nous avons un droit par cela seul que nous existons ou que telle circonstance extérieure a eu lieu, par exemple la qualité de fils ou de mineur, le droit de propriété que nous avons sur les fruits que notre chose produit, sans que nous y ayons contribué. Dans d'autres cas, nous devons faire un acte auquel la loi attache comme effet l'acquisition du droit. Cet acte peut être le simple fait de l'acquéreur, par exemple la prise de possession d'une chose sans maître; ou bien il exige, outre le fait de l'acquéreur, l'existence d'un fait antérieur, par exemple la succession testamentaire, qui suppose un testament laissé par le défunt, et l'acquisition faite par l'héritier.

Dès que nous avons acquis un droit, il existe dans notre personne et continue d'exister tant que ses éléments constitutifs subsistent (§ 87). Il va sans dire qu'un droit cesse d'exister quand *la loi* ne le reconnait ou ne le protége plus [30]. Les droits peuvent également s'éteindre par la perte de l'*objet.* Cela est absolument vrai pour les droits personnels et les droits réels. En appliquant cette règle aux droits d'obligation, nous arriverions à la conclusion, que la mort de la personne obligée devrait avoir pour effet d'éteindre l'obligation, puisque c'est le fait de cette personne qui en constitue l'objet. Mais la loi a établi une fiction,

[29] En employant le mot un peu vague : *mode* d'acquisition, nous avons voulu comprendre toutes les causes qui peuvent donner naissance à un droit. Les Romains n'ont pas de terme général pour exprimer la même idée; ils se servent des mots *causa* et *titulus,* auxquels ils ajoutent l'adjectif *juste* quand ils veulent indiquer que le mode d'acquisition est conforme à la loi. *Justa causa, justus titulus.* Gaius, II, 20. 195. — Ulpien, XIX, 7. 20. 21. — Fr. 159, D., *de reg. jur.* 50, 17. — § 14, I., *de usucap.* 2, 6. —L. 24, C., *de rei vind.* 3, 32.

[30] Par exemple, quand la loi abolit une institution qu'elle avait protégée auparavant. C'est aussi dans cette catégorie qu'il faut ranger l'extinction d'un droit par prescription. V. ci-après titre cinquième.

en vertu de laquelle d'autres personnes, appelées à recueillir les biens du défunt, sont censées continuer sa personne et par conséquent aussi les obligations qui lui incombaient. Enfin l'extinction du droit peut provenir d'une cause qui se rapporte au *sujet*. La mort du sujet éteint évidemment les droits purement *personnels*. Quant aux *droits patrimoniaux* (*droits réels* et *droits d'obligations*), la loi admet la fiction dont nous venons de parler, en les faisant passer aux héritiers, c'est-à-dire à ceux qui sont censés continuer la personne du défunt [31]. — D'autres causes d'extinction peuvent résulter de la volonté du sujet, soit qu'au moment même où le droit a été acquis on l'ait déjà soumis à un certain mode d'extinction, par exemple un droit acquis sous condition résolutoire, soit que celui qui a le droit y renonce. Si la volonté se borne uniquement à cet abandon, ce changement survenu dans la volonté constitue une simple renonciation; mais souvent la personne qui renonce à un droit le fait dans le but qu'une autre personne l'acquière. Dans ce cas, on dit que cette dernière *succède* dans le droit de la première, laquelle, par rapport à cette *succession*, porte le nom d'*auteur*, *auctor* [32].

On oppose à ce mode d'acquisition, qu'on appelle *dérivé*, les modes qui ne supposent pas la transmission d'une personne à une autre et qu'on nomme modes d'acquérir *originaires*. Quoique ces termes ne soient pas consacrés dans la terminologie romaine, la distinction est parfaitement juste et surtout d'une grande importance pratique, qui se montre particulièrement lorsqu'on considère la nature des droits acquis. Quand l'acquisition est originaire, le droit acquis existe tel que la volonté de l'acquéreur le crée [33]. Dans le cas de succession, au contraire, l'acquéreur prend le droit tel que son auteur le tenait. La qualité et l'étendue de son droit sont exactement déterminées par la qualité et

[31] Nous verrons ci-après qu'il y a certains droits patrimoniaux qui ne passent pas aux héritiers.

[32] Fr. 3, § 2, D., *de itinere actuq. priv.* 43, 19. « In cujus locum hereditate, vel emtione, aliove quo jure successi. » — Quant au mot *auctor*, l'étymologie en est douteuse. Nous en parlerons ultérieurement à propos de l'usucapion (*usus, auctoritas*) et de l'autorisation du tuteur. Ici il suffit de dire qu'on le fait ordinairement dériver de *augere*. D'autres le mettent en rapport avec le grec αὐτός et écrivent *autor, autoritas*. *Voyez* M. Hugo, *R. G.*, page 172 (XIe édit.).

[33] Cette règle est fondée sur la nature des choses. Il n'y a guère qu'une exception que nous signalerons quand nous parlerons des effets de l'usucapion.

l'étendue du droit de l'auteur; spécialement les extensions qui ont pu être données au droit de l'auteur, ainsi que les restrictions qui ont pu lui être imposées, sont également inhérentes au droit du successeur. C'est à cette conséquence que se rapporte le proverbe connu : *Nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse haberet* [34].

Dans l'acquisition par *succession* les Romains établissent encore une distinction qui domine toute la matière. L'objet de la succession peut être un ou plusieurs *droits déterminés,* ou bien le *patrimoine entier de l'auteur,* c'est-à-dire l'ensemble des droits qui se rapportent à *sa personne,* tant ceux qui lui appartiennent, que ceux que d'autres peuvent avoir contre lui. Dans le premier cas, on dit qu'il y a *successio in singulam rem, in singulas res;* dans le dernier cas, la succession se fait *per universitatem* [35]. A ces termes répondent les mots français *succession à titre particulier* et *succession universelle* ou *à titre universel.* Il serait difficile de faire comprendre ici toute l'importance de cette distinction; nous nous bornerons à indiquer la principale conséquence pratique qui en découle, sauf à donner les détails ci-après quand l'occasion s'en présentera. Dans la *successio per universitatem* l'acquéreur succède dans tous les droits qui se rapportent à la personne de son auteur; par conséquent il acquiert tous les droits réels de même que les droits d'obligation; mais par contre, il est aussi responsable vis-à-vis des tiers des obligations que l'auteur pouvait avoir contractées envers eux, il est tenu des dettes de son auteur. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant que *le successeur continue la personne de son auteur.* Dans la *successio in singulam rem,* au contraire, le droit, objet de la succession, passe à la vérité au successeur tel que l'auteur l'avait, et particulièrement avec les restrictions et les charges qui peuvent avoir été imposées au droit; mais le successeur n'entre point dans les charges qui sont personnelles à l'auteur, il ne succède point à ses obligations passives, il n'est pas tenu de ses dettes.

[34] Fr. 54, D., *de regulis juris* 50, 17. — Voyez encore Fr. 59, D., *eod.* « Heredem ejusdem potestatis jurisque esse, cujus fuit defunctus, constat. ».— Fr. 175, § 1, D., *eod.* « Non debeo melioris conditionis esse, quam auctor meus, a quo jus in me transit. » — Fr. 177, pr. D., *eod.* « Qui in jus dominiumve alterius succedit, jure ejus uti debet. »

[35] Fr. 1, § 13, D., *quod legatorum* 43, 3. « *In locum successisse* accipimus; sive *per universitatem,* sive *in rem* his sit successum. » — Gaius, II, 97. 98. — § 6, I., *per quas pers. nobis acquir.* 2, 9.

Dans l'ancien droit romain, il y avait plusieurs cas de *successio per universitatem*; dans le droit nouveau, il n'en est resté que deux espèces, savoir : la *confiscation des biens*, qui opère une succession universelle en faveur du fisc, et l'*hérédité*, c'est-à-dire la succession universelle dans le patrimoine d'un défunt dont le successeur est devenu héritier. Voyez ci-après livre cinquième.

TITRE DEUXIÈME.

DES PERSONNES.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES.

§ 95.

Tout droit suppose toujours nécessairement un *sujet* auquel il compète. Ce sujet s'appelle *persona* [1]. Le même mot sert également à désigner la capacité d'avoir des droits en général ou d'avoir et d'exercer tel droit déterminé. C'est dans ce dernier sens qu'on dit qu'un homme peut *sustinere plures personas* [2]. Ainsi dans le fonctionnaire de l'État, on peut distinguer la qualité de personne publique et celle de particulier; un tuteur peut agir, soit pour lui-même, soit pour son pupille. Il importe de bien distinguer ces diverses qualités quand il s'agit d'apprécier un acte quelconque, tant sous le rapport de la validité de l'acte que sous le rapport des effets qu'il peut produire. En général ce qu'un individu fait en l'une de ces qualités n'influe en rien sur l'autre qualité, ni en sa faveur ni à son préjudice [3].

[1] C'est le sens technique du mot *persona*. C'est dans ce sens que Théophile, ad § 2, I., *de hered. institut.*, 2, 14, appelle les esclaves ἀπρόσωπον, *personam non habentes*. Voyez encore le même, ad Pr. I., *de stipul. servor.* 3, 17. — *Nov. Theod.* 24, § 2. « Servos... quasi nec personam habentes. » — Toutefois dans le Fr. 2. 3, D., *de statu hominum* 1, 5, on divise les *personæ* en *hommes libres* et *esclaves*; Gaius, I. 120. 121, parle de *serviles personæ*; et dans plusieurs passages on se sert du mot *persona* quand il s'agit d'esclaves. Voyez aussi ci-après note 42.

[2] Le terme se trouve dans Cic., *de orat.*, II, 24. « Itaque... tres personas unus sustineo summa animi æquitate, *meam, adversarii, judicis.* »

[3] Parmi les nombreux exemples qui pourraient servir à expliquer cette rè-

En droit naturel, l'unique sujet du droit, c'est l'homme; mais aussi tout homme a des droits. Les mots « homme » et « personne » sont synonymes. Mais le droit romain a établi des exceptions à ce principe général, soit en le restreignant, soit en l'étendant. En effet il a privé certains hommes de la faculté d'avoir des droits; savoir, les esclaves, *servi;* par contre il a donné cette faculté à des êtres qui ne sont pas individus humains. On appelle ces derniers *personnes civiles* ou *morales,* par opposition à *personne physique,* terme par lequel on désigne l'homme capable d'avoir des droits [4].

DES PERSONNES PHYSIQUES.

§ 96. *De la personnalité physique.*

Pour qu'un individu puisse avoir la qualité de *personne,* il faut qu'il soit *né vivant* et *né homme.*

Sous ce dernier rapport, la loi refuse tout droit aux *parts monstrueux,* qui n'ont nullement la forme humaine. D'autres irrégularités de conformation moins graves ne privent pas de la capacité personnelle l'individu qui en est affecté [5]. Des commen-

gle, nous nous bornons aux deux suivants : Fr. 2, D., *de off. consulis* 1, 10. « Consules apud se servos suos manumittere posse, nulla dubitatio est. Sed si evenerit, ut minor XX annis consul sit, apud se manumittere non poterit, cum ipse sit, qui ex senatusconsulto consilii causam examinat : apud collegam vero causa probata potest. » (§ 4, I., *qui et quibus ex causis* 1, 6.) — § 4. 5, I., *de inoffic. testam.* 2, 18. « Si tutor nomine pupilli, cujus tutelam gerebat, ex testamento patris sui legatum acceperit, quum nihil erat ipsi tutori relictum a patre suo, nihilominus poterit nomine suo de inofficioso patris testamento agere. Sed si, e contrario, pupilli nomine, cui nihil relictum fuerit, de inofficioso egerit, et superatus est, ipse, quod sibi in eodem testamento legatum relictum est, non amittit. » Pour comprendre ce dernier passage, il faut savoir : 1° que les enfants dont les parents ont lésé les droits d'hérédité par un testament, peuvent attaquer ce testament comme *inofficieux*, droit auquel ils renoncent implicitement en acceptant un avantage qui leur est assuré par le testament; 2° que l'enfant qui a succombé dans l'action dirigée contre le testament perd tous les avantages que ce testament aurait pu lui assurer.

[4] Les Romains se servent à cet effet des termes suivants : *personæ vicem sustinet, personæ vice fungitur.* § 2, I., *de hered. instit.* 2, 14. — Fr. 22, D., *de fidejuss.* 46, 1.

[5] Fr. 14, D., *de statu hom.* 1, 5. « Non sunt liberi qui contra formam humani generis converso more procreantur, veluti si mulier monstrosum aliquid aut prodigiosum enixa sit. Partus autem, qui membrorum humanorum officia ampliavit, aliquatenus videtur effectus : et ideo inter liberos connumerabitur. » —

tateurs ont soutenu que la formation de la tête est le signe caractéristique pour distinguer les monstres; mais la loi n'en dit mot. Cette règle a été forgée à l'aide d'une interprétation aventureuse d'un passage du Digeste qui n'a pas le moindre rapport à notre matière [6].

L'homme est censé *né vivant,* s'il a respiré après avoir été dégagé du sein de sa mère. Il paraît qu'anciennement quelques jurisconsultes exigeaient que l'enfant eût crié; mais Justinien rejette cette opinion, d'accord en cela avec les Sabiniens [7]. Tant que l'enfant n'est pas né, il n'a pas une existence séparée; il est considéré comme faisant partie de sa mère [8]. Cependant, par une fiction de droit, l'enfant conçu est considéré comme déjà né, quand il s'agit de ses intérêts pécuniaires.* *Nasciturus pro jam nato habetur, quando de ejus commodo agitur** [9]. Dans le cours de l'ouvrage, nous aurons souvent l'occasion de constater l'application de cette règle. Ici nous nous bornons à en signaler un cas : Si quelqu'un meurt, laissant une veuve enceinte, la loi veut que dans le partage de la succession on réserve une part pour l'enfant à venir [10].

L'homme conserve jusqu'à sa mort la personnalité qu'il a acquise par sa naissance, sauf les modifications qu'elle peut subir et que nous exposerons dans les paragraphes suivants. La mort d'une personne ne se présume point, elle doit être prouvée [11]. Cette preuve est souvent difficile à fournir, surtout quand il s'agit de déterminer le moment où la mort aurait eu lieu, moment qu'il est quelquefois très-important de constater d'une manière précise, particulièrement lorsque plusieurs personnes respectivement appelées à la succession l'une de l'autre périssent dans un même événement.

PAUL *S. R.*, IV, 9, 3. 4. — Voyez cependant § 60, note 35. Nous trouvons encore les termes *ostentum*, *portentosus*, pour désigner des parts plus ou moins monstrueux. Fr. 38. 135, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[6] Fr. 44, pr. D., *de religiosis* 11,7. « Cum in diversis locis sepultum est, uterque quidem locus religiosus non fit : quia una sepultura plura sepulcra efficere non potest : mihi autem videtur, illum religiosum esse, ubi, quod est principale, conditum est : id est caput, cujus imago fit, inde cognoscimur. »

[7] L. 3, C., *de postumis hered.* 6, 29.

[8] Fr. 9, § 1, D., *ad leg. Falcid.* 35, 2. « ... Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur. » — Fr. 1, § 1, D., *de inspic. ventre* 25, 4. « ... Partus enim, antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum. »

[9] Fr. 7. 26, D., *de statu hom.* 1, 5. — Fr. 3, D., *si pars hered. pet.* 5, 4. — Fr. 7, pr. D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 231, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[10] Fr. 3, D., *si pars hered. petatur* 5, 4.

[11] Nov. 117, c. 11.

S'il s'agit de parents et d'enfants, le droit romain admet comme présomption que l'enfant pubère a survécu à ses parents, et que l'enfant impubère est décédé avant eux [12].

OBSERVATION. — Aux deux conditions que nous venons d'indiquer les jurisconsultes modernes ont l'habitude d'en ajouter une troisième; ils exigent que l'enfant soit né *viable* (*vitalis*), c'est-à-dire né au moins six mois après la conception. A cet égard ils se fondent particulièrement sur le Fr. 12, D., *de statu hominum;* mais ce passage dit tout simplement qu'il est possible qu'un enfant né six mois après le mariage soit légitime, c'est-à-dire conçu dans le mariage, parce que, d'après l'opinion d'Hippocrate, un fœtus de six mois peut être viable [13]. C'est donc une *présomption de droit* servant à fixer l'époque de la conception qu'il est *physiquement* impossible de déterminer d'une manière *certaine.* Nos sources ne parlent nulle part de la viabilité comme d'une condition nécessaire pour jouir de la capacité personnelle. Il suffit d'être vivant, et même de n'avoir vécu qu'un moment, pour être personne et par conséquent capable de droits [14].

§ 97. *De la capacité civile. — Liberté. — Cité. — Famille* (*Homines sui, alieni juris. — Capitis deminutio*).

I. Le part humain chez lequel on rencontre les conditions exposées dans le paragraphe précédent est homme. Mais pour qu'il soit *personne,* c'est-à-dire capable d'avoir des droits, la loi romaine exige en outre qu'il soit *libre.* Ce principe nous donne la grande division des hommes en *hommes libres* et *esclaves* (*liberi—servi*) [15]. Les esclaves ne sont point capables d'acquérir ni d'avoir des droits; les hommes libres jouissent de cette capacité. Les esclaves peuvent être rendus à la liberté et acquérir ainsi la qualité de personnes. Par contre

[12] Fr. 9, § 1. 2. 4, Fr. 16, pr. Fr. 22. 23, D., *de rebus dubiis* 34, 5. — Fr. 26, pr. D., *de pact. dot.* 23, 4. — Voyez cependant Fr. 9, § 2, D., *de reb. dub.* 34, 5. — Fr. 17, § 7, D., ad *Sc. Trebell.* 36, 1.

[13] Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5. « Septimo mense nasci perfectum partum, jam receptum est propter auctoritatem doctissimi viri Hippocratis : et ideo credendum est, eum, qui ex justis nuptiis septimo mense natus est, *justum filium* esse. »

[14] Voyez sur cette matière M. DE SAVIGNY, *System. des heut. R. R.,* tome II, App. I (p. 385 et suiv.).

[15] GAIUS, I, 9. — Pr. I., *de jure personarum* 1, 3. — Fr. 3, D., *de statu hom.* 1, 5.

l'homme libre peut devenir esclave. Ce passage de l'état de liberté à l'esclavage s'appelle *capitis deminutio maxima* [16].

II. Les hommes libres sont capables d'avoir des droits. Mais tous ne le sont pas au même degré. Il y a des droits qui n'existent que par le *jus civile* des Romains, tandis que d'autres se trouvent fondés en droit naturel (*jus gentium*, § 88). Les premiers sont réservés aux *citoyens* romains; les *étrangers* (*peregrini*) ne peuvent prétendre qu'à ceux de la seconde catégorie. Entre les citoyens et les étrangers se trouvait une classe intermédiaire, les *Latins*, qui jouissaient d'une partie des droits résultant du *jus civile*. Ils avaient le *commercium*, c'est-à-dire, la faculté d'acquérir des biens et d'en disposer d'après le droit romain; mais ils n'avaient point le *connubium*, c'est-à-dire la capacité de contracter un mariage civil et d'acquérir les droits qui en résultaient, savoir, la puissance paternelle et la parenté civile qui seule donnait originairement le droit de succéder dans les biens d'une personne décédée sans testament [17].

Nous avons vu ci-dessus (§§ 31, 33, 53) comment ces degrés de capacité civile se sont formés et développés; dans le cours de l'ouvrage nous montrerons l'influence que cette division exerce sur les différentes institutions du droit romain. Ici nous pouvons nous borner à indiquer très-sommairement comment le droit de *cité* s'acquérait et se perdait.

Le droit de cité *s'acquérait* : 1° par la *naissance*. Dans le mariage légitime (*justæ nuptiæ*), l'enfant suivait l'état du père et était citoyen, si le père l'avait été au moment de la génération [18]. L'enfant né de relations qui n'étaient pas *justæ nuptiæ*, suivait l'état que la mère avait au moment de la naissance de l'enfant [19]. 2° Par

[16] Ce n'est pas ici l'endroit d'exposer comment l'esclavage peut s'établir et finir. Nous en parlerons ci-après en traitant de la puissance dominicale. Livre IV.

[17] Voyez ci-dessus § 33, notes 45-56.

[18] Gaius, I, 56. « Habent autem in potestate liberos cives romani, si cives romanas uxores duxerint, vel etiam latinas peregrinasve, cum quibus connubium habeant (v. § 33, note 53); cum enim connubium id efficiat, ut liberi patris conditionem sequantur, evenit, ut non (solum) cives romani fiant, sed in potestate patris sint. » — Voyez aussi Fr. 19, D., *de statu hom.* 1, 5. — Au reste, c'est la qualité que le père avait au moment de la conception de l'enfant qui décide de l'état de l'enfant. Ulpien, V, 10. « In his, qui jure contracto matrimonio nascuntur, *conceptionis* tempus spectatur; in his autem qui non legitimi nascuntur, editionis, etc. »

[19] Cicéron, *Topica*, 4. « Si mulier, cum fuisset nupta cum eo, quicum con-

l'*affranchissement* valable et régulier. L'esclave d'un citoyen romain devenait citoyen, si son maitre l'affranchissait en observant les formalités prescrites par la loi. Cette règle fut modifiée par les lois Ælia Sentia et Junia Norbana, d'après lesquelles, dans certains cas, l'affranchi n'acquérait que la qualité d'étranger (*peregrinus dedititius*) ou de Latin (*Latinus Junianus*)[20]. Justinien rétablit l'ancien principe, d'après lequel l'esclave, valablement affranchi, devient de plein droit citoyen romain[21]. 3° Le droit de cité était souvent *accordé* comme *faveur*, soit à des villes entières, soit à des individus (*Voyez* §§ 33. 53). 4° Enfin des *dispositions législatives* du temps des Empereurs facilitaient surtout aux Latins l'acquisition du droit de cité[22]. Sous ce rapport, nous avons particulièrement à remarquer les deux cas suivants : *a.* L'esclave au-dessous de trente ans, s'il était marié et qu'il eût de son mariage un enfant âgé d'un an (*anniculus*), pouvait, d'après une disposition de la loi Ælia Sentia, acquérir le droit de cité pour lui, sa femme et son enfant, pourvu qu'il prouvât son mariage et l'existence de l'enfant (*causæ probatio*). La loi Junia Norbana confirma cette disposition pour les affranchis, appelés *Latini Juniani* (§ 53), et un sénatus-consulte l'étendit à tous les Latins[23]. *b.* Le citoyen qui avait épousé une femme étrangère ou latine, la croyant romaine, pouvait acquérir le droit de cité pour sa femme et ses enfants, en prouvant son erreur devant l'autorité compétente (*erroris causæ probatio*)[24].

nubium non esset, nuntium remisit, quoniam qui nati sunt patrem non sequuntur. » — GAIUS, I, 67. 80. 88 et suiv. — ULPIEN, V, 8-10. — Fr. 24, D., *de statu hom.* 1, 5. — La loi Mensia refusa la qualité de citoyen à l'enfant né d'un mariage entre une citoyenne romaine et un étranger. Cette disposition fut modifiée par un sénatus-consulte sous Adrien. ULPIEN, V, 8. « Connubio interveniente liberi semper patrem sequuntur, non interveniente connubio matris conditioni accedunt : excepto eo qui ex peregrino et cive romana peregrinus nascitur, quoniam lex Mensia ex alterutro peregrino natum deterioris parentis conditionem sequi jubet. » GAIUS, I, 77. 78. 79. — D'autres particularités qui se rapportent à cette question se trouvent dans GAIUS, I, 30. 66. 80, et ULPIEN, III, 3.

[20] Voyez ci-dessus § 53. 53.

[21] L. un., C., *de dedititia libertate tollenda* 7, 5. — L. un., C., *de latina libert. toll.* 7, 6

[22] V. ci-dessus § 51-53. 53. — ULPIEN, III, 1. « Latini jus Quiritium consequuntur his modis, beneficio principali, liberis, iteratione, militia, nave, ædificio, pistrino; præterea ex senatusconsulto vulgo quæsitum ter enixa.... » — GAIUS, I, 29-31.

[23] GAIUS, I, 29-31. 66. — ULPIEN, III, 3.

[24] GAIUS, I, 67-75. — ULPIEN, VII, 4.

On *perdait* le droit de cité : 1° en perdant la liberté [25]. Si cependant un Romain, fait prisonnier de guerre, revenait dans son pays, on le considérait par une fiction comme étant toujours resté libre et citoyen romain (*jus postliminii*) [26]. De même la restitution en entier contre une condamnation criminelle avait un effet rétroactif au jour de la condamnation [27]. 2° En renonçant à la qualité de citoyen romain, ce qui avait lieu quand on se faisait recevoir citoyen d'un autre État [28]. 3° Par suite d'une condamnation à la déportation ou à l'exil [29].

Le citoyen romain qui perdait son droit de cité, subissait une *capitis deminutio*, qu'on appelait *media* ou *minor* [30].

III. Entre les *cives* mêmes, il y a une différence fondamentale de capacité. Les uns sont *sui juris*, les autres *alieni juris*, c'est-à-dire, soumis à la puissance d'un tiers [31]. Cette division est fondée sur l'organisation de la famille romaine, dont nous devrons faire connaître sommairement la nature, sauf à donner les détails dans le livre quatrième. Conformément à l'esprit d'individualisme qui caractérise le droit romain, toute la famille se résumait en une seule personne, le chef de la famille (*paterfamilias*). Toutes les personnes qui se trouvaient dans la famille lui appartenaient, soit qu'il en fût l'auteur, par exemple, ses enfants, soit qu'il les eût acquises, par exemple, sa femme, ses esclaves. Il est probable que, dans le principe, l'état de soumission était le même pour tous les membres

[25] Fr. 4. 5, § 1, D., *de captivis* 49, 15. — GAIUS, I, 90. 128. — Fr. 1, § 2. 3. 4, D., *de leg. III* (32). — Fr. 2, § 1. Fr. 17, § 1, D., *de pœnis* 48, 19. — Fr. 5, § 3, D., *de extr. cognit.* 50, 13.

[26] Fr. 4, D., *de captivis et postliminio* 49, 15. Voyez au reste § 30, et ci-après livres I et IV.

[27] L. 1. 3. 6, C., *de sententiam passis* 9, 51.

[28] CICÉRON, *pro Balbo,* 11. « Duarum civitatum civis esse, nostro jure civili nemo potest : non esse hujus civitatis civis, qui se alii civitati dicarit, potest. » — LE MÊME, *ibid.*, 34. « Nam, cum ex nostro jure duarum civitatum nemo esse possit, tum amittitur et civitas denique, cum is, qui profugit, receptus est in exsilium, hoc est in aliam civitatem. » — Par la même raison l'esclave prisonnier de guerre, qui par l'affranchissement avait acquis le droit de cité, le perdait s'il retournait chez les siens et reprenait son ancienne nationalité en vertu du *jus postliminii.* CIC., *pro Balbo*, 11. 12. — Fr. 5, § 3, D., *de captivis* 49, 15.

[29] Voyez ci-dessus § 35. 55.

[30] GAIUS, I, 161. — ULPIEN, XI, 12. — § 2, I., *de cap. min.* 1, 16. — Fr. 11, D., *de cap. min.* 4, 5.

[31] GAIUS, I, 48. — Pr. I., *de his qui sui vel alieni juris sunt* 1, 8. — Fr. 1, pr. D., *eod.*, 1, 6.

de la famille [32]. Par la suite, on distingua diverses espèces de soumissions, savoir : 1° la puissance du mari sur sa femme, *manus*. 2° La puissance du père sur ses enfants, *patria potestas*. 3° La puissance du maître sur ses esclaves, *dominica potestas*. 4° La puissance qu'un citoyen pouvait exercer sur un autre qui lui avait été adjugé par une espèce de procédure assez semblable à notre contrainte par corps, *mancipium* [33]. Nous nous réservons de faire connaître ultérieurement, dans le Droit de famille, la nature de ces diverses institutions, et de montrer comment la *manus* et le *mancipium* ont disparu, de sorte que, dans le droit nouveau, il ne reste plus que la puissance paternelle et celle du maître sur l'esclave. Ici il suffit d'exposer l'influence que l'état de soumission exerçait sur la capacité des personnes qui s'y trouvaient. Cette soumission ne les privait pas, à la vérité, de leur personnalité, ni même de leur droit de cité. Ainsi, sous le rapport politique, le fils, quoique soumis à la puissance du père, était l'égal du père [34]; le *mancipium* même n'était que provisoirement privé des droits politiques. Quant aux droits civils, la femme *in manu*, le fils sous puissance et le *mancipium* jouissaient du *connubium* et du *commercium*, et pouvaient acquérir en vertu de ces deux attributions. Mais tout ce qu'ils acquéraient appartenait au *paterfamilias*, de la même manière et par le même motif que le produit de notre chose devient notre propriété [35]. Par rapport aux acquisitions, de quelque nature

[32] Aussi se sert-on du même mot *manus* pour désigner la puissance du chef sur tous les membres de la famille, sans distinction entre enfants, femme et esclaves. TITE-LIVE, III, 45. « In ea (filia), quæ in patris *manu* sit, neminem esse alium, cui dominus possessione cedat. » — GAIUS, II, 139. — (ULPIEN), Fr. 4, D., *de just. et jure* 1 1.—L. 1, § 2, C., *de annali exc.* 7, 40. « Postquam *manu* paterna — fuerint liberati (filii). » — L. 6, C., *de emancip. lib.* 8, 49. (§ 6, I., *quid. mod. jus pot. solv.* 1, 12). — Nous nous réservons de montrer dans le cours de l'ouvrage que la puissance du père de famille était originairement un véritable *droit de propriété* sur les personnes qui lui étaient soumises.

[33] GAIUS, 1, 49. « Sed rursus earum personarum, quæ alieno juri subjectæ sunt, aliæ in *potestate*, aliæ in *manu*, aliæ in *mancipio* sunt. 52. In *potestate* itaque sunt *servi dominorum*... 53. Item in potestate nostra sunt *liberi* nostri. » — LE MÊME, I, 142. II, 86. 96. III, 163. — ULPIEN, XIX, 18. XXIV, 23 sq.

[34] TITE-LIVE, XXIV, 44. — VALÈRE-MAX., II, 2, 4. — AULU-GELLE, II, 2. — Fr. 9, D., *de his qui sui vel al. jur.* 1, 6. « Filiusfamilias in publicis causis loco patrisfamilias habetur, veluti si magistratum gerat, vel tutor detur. » — Fr. 3, D., *de adopt.* 1, 7. — Fr. 77. 78, D., *de judiciis*, 5, 1. — Fr. 13, § 5. Fr. 14, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1.

[35] GAIUS, II, 86. « Acquiritur autem nobis non solum per nosmet ipsos, sed

qu'elles soient, toute la famille est donc absorbée dans la personne du chef; les autres membres n'ont de personnalité que pour lui; ils ne forment qu'une personne avec lui [36]. Cependant quoiqu'ils puissent augmenter le patrimoine de la famille, c'est-à-dire du père de famille, la loi ne leur reconnait pas la capacité d'obliger ce dernier par leurs actes [37].—Ces règles sont communes à toutes les personnes soumises à une puissance [38].

Dans ces relations de famille il y a aussi une *capitis deminutio*, appelée *minima*. Le mot *capitis deminutio* semble indiquer une diminution de capacité, et tel est réellement le sens du mot; toutefois, par rapport à la famille, ce terme est employé dans quelques cas où l'opération qu'il sert à désigner, loin de réduire, peut même augmenter la capacité de la personne qui la subit. C'est ce qui a fait dire que la *capitis deminutio* était un simple *changement* d'état [39]. Mais il est facile de se convaincre que, d'après les idées originaires, toute *capitis deminutio* suppose une véritable dégradation. Ainsi, dans l'émancipation, acte par lequel le père de famille affranchit le fils de la puissance paternelle, ce dernier, loin d'être réduit à une condition inférieure, acquiert une capacité plus grande; car de *alieni juris*, qu'il était, il devient *sui juris*. Mais il ne faut pas perdre de vue que, pour obtenir ce résultat, il a dû subir une véritable dégradation, car l'affranchissement ne pouvait se faire qu'au moyen de la *mancipatio*, véritable vente

etiam per eos, quos in potestate, manu, mancipiove habemus. » — Id. III, 163. — Ulpien, XIX, 18. « Acquiritur autem nobis etiam per eas personas, quas in potestate, manu, mancipiove habemus. Itaque si quid, mancipio puta, acceperint aut traditum ei sit, vel stipulati fuerint, ad nos pertinet. 19. Item si heredes instituti sint, legatumve eis sit, et, hereditatem jussu nostro adeuntes, nobis acquirunt, et legatum ad nos pertinet. » — Tit. I., *per quas personas nobis acquiritur* 1, 9. — Tit. I., *per quas personas nobis oblig. acquir.* 3, 28.

[36] C'est ainsi que Justinien s'exprime dans la L. 11, C., *de impub. et aliis substit.* 6, 26. « Cum et natura pater et filius eadem esse persona pæne intelligantur. » Toutefois il est à remarquer que dans ce passage il ne s'agit point de la puissance paternelle.— § 4, in f., I., *de inutil. stipulat.* 3, 19. « ... Quia vox tua tanquam filii sit, sicuti filii vox tanquam tua intelligitur in iis rebus quæ tibi acquiri possunt. »

[37] Fr. 133, D., *de regulis juris* 50, 17. « Melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior fieri non potest.

[38] Voyez les détails ci-après dans le *Droit de famille*. Livre IV.

[39] Gaius, I, 159. — Ulpien, XI, 13. — Paul, *S. R.*, I, 7, 2. III, 6, 29. — Pr. § 3, I., *de cap. min.* 1, 16. — Fr. 2, D., *de in int. rest.* 4, 1. — Fr. 9, § 4. D., *de minor.* 4, 4. — Fr. 1. 3, pr. 7, pr. 11, D., *de cap. min.* 4, 5. — L. 28. C., *de liber. causa* 7, 16.

qui plaçait le fils dans l'état de *mancipium*, état analogue à celui d'esclave [40]. Aussi ne parle-t-on pas de *capitis deminutio*, quand l'enfant sort de la puissance paternelle, sans passer par l'état de *mancipium*, par exemple, par la mort du père ou par suite de certaines dignités sacerdotales [41].

En résumé, 1° les hommes sont *libres* ou *esclaves*. L'homme libre qui devient esclave, subit la *capitis deminutio maxima*.

2° Les hommes libres sont *cives* ou ne le sont pas. Le citoyen qui perd le droit de cité subit la *capitis deminutio media* ou *minor*.

3° Les *cives* sont ou *sui* ou *alieni juris*. L'homme *sui juris* qui devient *alieni juris* subit la *capitis deminutio minima*. La même diminution a lieu toutes les fois qu'il y a un changement des rapports de famille, opéré au moyen d'un passage par un état inférieur, quand même, en dernier résultat, l'opération aboutirait à l'acquisition d'un état supérieur.

Observation 1. Le mot *caput* est en quelque sorte synonyme de *persona* et signifie la capacité de droits, qu'un homme peut avoir sous un rapport quelconque; la négation même de toute capacité est désignée par le mot *caput; servile caput* [42]. Mais dans une signification plus spéciale, il comprend l'ensemble des droits qu'on peut avoir par rapport à la liberté, à la cité et à la famille [43]. Le mot

[40] Fr. 3, § 1, D., *de cap. min.* 4, 5. « Emancipato filio et ceteris personis, capitis minutio manifesto accidit; cum emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus. » (Gaius, I, 132. — Ulpien, X, 1.) — Gaius, I, 138. « Ii, qui in causa mancipii sunt... servorum loco habentur. »

[41] Fr. 3, § 4, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. « Si a filiofamilias stipulatus sim et patrifamilias facto crediderim, sive capite deminutus sit, sive *morte patris*, sive alias sui juris *sine capitis deminutione* fuerit effectus... » — Gaius, III, 114. « ... Si sine capitis deminutione exierit de potestate parentis, veluti *morte ejus*, aut quod ipse *flamen dialis* inauguratus est. » — Aulu-Gelle, I. 12. « Virgo autem Vestalis simul est capta... eo statim tempore sine emancipatione ac sine *capitis minutione* e patris potestate exit. »

[42] Fr. 3, § 1, in f. D., *de cap. min.* 4, 5. « ... *Servile caput* nullum jus habet. » — § 4, I., *de cap. demin.* 1, 16. « Servus autem manumissus capite non minuitur, quia *nullum caput* habet. »

[43] D'après Niebuhr, *Hist. rom.*, t. I, p. 606, t. II, p. 460, on aurait originairement entendu par *caput* le rôle du citoyen dans les listes du cens. Tous changements qui devaient avoir pour effet de ranger le citoyen dans une catégorie inférieure (*deterioris juris*), et à plus forte raison ceux qui consistaient à le biffer des listes, auraient dès lors reçu le nom de *capitis deminutiones*. M. de Savigny fait valoir à l'appui de cette hypothèse que du temps des Empereurs encore *caput* signifiait l'unité qui servait de base à l'impôt. Voyez ci-dessus § 78, note 86.

status est employé à peu près dans le même sens, quoique à la vérité il paraisse moins technique ; car il se trouve très-fréquemment comme synonyme de *conditio* pour désigner une position quelconque de la vie sociale. C'est par ce motif que les commentateurs appellent souvent les trois états mentionnés, * *status principales* *, en opposition à tout autre état, * *status minus principales* *.

Observation 2. Il va sans dire que la *capitis deminutio maxima* implique toujours les deux autres ; car un esclave ne peut point être citoyen ni avoir des droits dans la famille romaine. De même la *capitis deminutio media* comprend la *minima*.—Au reste, la *capitis deminutio minima* n'exerçait aucune influence sur les droits politiques des citoyens. Il en est autrement de la *maxima* et *media capitis deminutio*, qu'on comprend souvent dans la dénomination commune de *magna capitis deminutio*. On considérait le citoyen qui en était frappé comme *civilement mort*.

§ 98. *Impubères, pubères. — Mineurs, majeurs.*

I. De tout temps, on avait distingué à Rome les *pubères* et les *impubères* ou *pupilles* [44]. Ces derniers ne pouvaient point contracter mariage [45]. En outre, ils étaient incapables de faire un acte quelconque qui eût pour effet de leur imposer une obligation ou d'entrainer pour eux la perte d'une chose ou d'un droit quelconque (*alienare*). Cependant quand ils étaient *sui juris*, il pouvait se présenter des cas où leur intérêt exigeait que des actes de cette nature fussent faits. C'est pourquoi on leur adjoignait une personne (*tutor*), chargée de veiller sur eux, et dont l'intervention servait à donner la validité nécessaire à ces actes [46]. Toutefois cette intervention ne

[44] On se sert particulièrement du mot *pupille* pour désigner un impubère qui n'est pas soumis à la puissance paternelle. Fr. 239, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. — Mais voyez aussi Fr. 7, § 3, D., *de peculio* 15, 1. « *Pupillum* autem tam filium, quam servum, peculium habere posse... » — Fr. 141, § 2, D., *de verbor. oblig.* 45, 1.

[45] Pr. I., *de nuptiis* 1, 10. « Justas autem nuptias inter se cives romani contrahunt, qui secundum præcepta legum coëunt, masculi quidem puberes, feminæ autem *viripotentes*. »

[46] Pr. I., *de auctor. tutorum*. 1, 21. « ... Quod si aliis pupilli promittant, necessaria est (tutoris auctoritas) : namque placuit, meliorem quidem suam conditionem licere eis facere, etiam sine tutoris auctoritate, deteriorem vero non aliter, quam tutore auctore. Unde in his causis, ex quibus mutuæ obligationes nascuntur, in emtionibus venditionibus, locationibus conductionibus, mandatis, depositis, si tutoris auctoritas non interveniat, ipsi quidem, qui cum

pouvait point avoir lieu dans les actes qui avaient pour but de disposer à cause de mort des biens du pupille. Le pupille était absolument incapable de faire un testament (voyez ci-après, livre IV) [47]. Dans le principe, la puberté dépendait du développement physique de chaque individu (*habitus corporis*). Cette mesure étant trop peu précise et trop individuelle, la jurisprudence chercha à fixer l'époque d'une manière plus certaine. Les Proculéiens, d'après l'avis des Stoïciens, admirent l'âge de quatorze ans accomplis comme l'âge de la puberté; les Sabiniens s'en tinrent en général à l'ancien système. Enfin il parait que d'autres exigeaient à la fois un certain âge et le développement physique nécessaire pour constituer la puberté. Justinien mit fin à cette incertitude en fixant l'âge de la puberté à quatorze ans pour les garçons et à douze ans pour les filles [48].

Parmi les impubères, on distingue encore les *infantes* et ceux *infantia majores* [49]. Les enfants, c'est-à-dire les personnes au-dessous de sept ans, sont censés n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque, même à leur avantage (§ 120) [50]. Ceux qui ont passé l'âge de l'enfance,

his contrahunt, obligantur; at invicem pupilli non obligantur. » — § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. « Nunc admomendi sumus, neque pupillum, neque pupillam ullam rem sine tutoris auctoritate alienare posse. »

[47] § 1, I., *quibus non est permiss. test. facere* 2, 12. « Præterea testamentum facere non possunt impuberes, quia nullum eorum animi judicium est. »

[48] Gaius, I, 196. — Ulpien, XI, 28. « Puberem autem Cassiani quidem eum esse dicunt, qui habitu corporis pubes apparet, id est, qui generare possit; Proculeiani autem, eum qui quatuordecim annos explevit; verum *Priscus* eum puberem esse, in quem utrumque concurrit, et habitus corporis, et numerus annorum. » M. Schilling propose de remplacer dans ce passage le nom *Priscus* par les mots *plerisque visum est*. (PLRS. VS. E.).—Pr. I., *quibus modis tutela finitur* 1, 22, et Théophile et Schrader ad. h. l. —L. 3, C., *quando tutor esse desin.* 5, 60. — L. 24, C., *de nuptiis* 5, 4. — Voyez encore sur la controverse des deux écoles et sur l'opinion mixte Servius *ad Virg. Eclog.* VIII, 39. « Bene cum *annis* jungit *habitum corporis;* nam et in jure pubertas *ex utroque* colligitur. » — Le même, *ad Virg. Æn.*, VII, 57. « Non est iteratum, sed *secundum jus* dictum, in quo *et ex annorum ratione et ex habitu corporis ætas comprobatur.* »

[49] Le mot *infans* signifie originairement *qui fari non potest*. Fr. 30, § 2, D., *de fideic. libert.* 40, 5.—Varron, *de l. l.*, V, 7. — Isidore, *Orig.* XI, 2.—Mais des constitutions impériales déclarent que l'enfance ne cesse qu'à l'âge de sept ans. L. 8, Th. C., *de matern. bon.* 8, 18.—L. 18, I. C., *de jure deliber.* 6, 30. —Voyez cependant Théophile, ad § 9, I., *de inutil. stipul.* 3, 19.

[50] Fr. 1, § 12, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Furiosum, sive stipuletur, sive

tout en étant impubères, peuvent acquérir et en général faire des actes qui leur sont avantageux ; mais ils ne peuvent point aliéner, ni s'obliger, ni disposer de leurs biens de quelque manière que ce soit [51]. Ils sont *infantiæ* ou *pubertati proximi,* selon qu'ils sont plus près de l'enfance ou de la puberté [52].

II. Dans l'ancien droit, les *pubères* jouissaient d'une capacité absolue, ils avaient la libre disposition de leurs biens, ils pouvaient agir et s'obliger comme bon leur semblait. Cette liberté ayant souvent produit des conséquences fâcheuses, la loi *Plætoria* [53] menaça d'une poursuite criminelle ceux qui, en traitant avec un pubère âgé de moins de vingt-cinq ans (*minor XXV annis*), auraient abusé de sa jeunesse pour le tromper. En outre elle donnait aux mineurs plusieurs moyens d'invalider les obligations contractées par eux [54].

Depuis on distingue les *mineurs* et les *majeurs* (*minores, majores XXV annis*). Cependant il paraît que la protection que la loi Plætoria accordait aux mineurs n'était pas assez efficace ; car le prêteur leur accorda encore divers priviléges parmi lesquels nous remarquons particulièrement celui de la *restitution en entier*. (V. ci-après, titre V [55].)

promittat, nihil agere, natura manifestum est. 13. Huic proximus est, qui ejus ætatis est, ut nondum intelligat, quod agatur... nam *qui loqui potest* creditur et stipulari et promittere recte posse. » — § 10, I., *de inutil. stipul.* 3, 19, et Schrader, *ad h. l.* — Théophile, ad § 9, I., *eod.* — Toutefois on admettait qu'un *infans* avec l'assistance de son tuteur pouvait prendre *possession* d'une chose. Fr. 32, § 2, D., *de acquir. poss.* 41, 2. « Infans *possidere* recte potest si tutore auctore cœpit..., pupillus tamen sine tutoris auctoritate possessionem nancisci potest. »

[51] Voyez les notes 46 et 47.

[52] Cette distinction, quoiqu'elle soit souvent mentionnée dans nos sources, n'a guère d'importance, et il est même impossible de préciser la limite entre les *infantiæ* et les *pubertati proximi*. V. la Glose, *ad* § 10, I., *de inutil. stip.* 3, 19, et Schrader, *eod.*

[53] D'après la leçon de plusieurs manuscrits, on appelle souvent cette loi *Lætoria ;* mais un document authentique, la Table d'Heracl., lin. 112, porte expressément « quive *lege Plætoria,* ob eamve rem, quod adversus eam legem fecerit, condemnatus est. » La date de la loi Plætoria est inconnue ; mais comme Plaute, *Pseudol.,* I, 3, 69, parle d'une *lex quina vicenaria* qui ne peut être que notre loi Plætoria, elle doit être antérieure à l'an 570; car c'est à cette année que Cic., *Brutus*, 15, rapporte la mort de Plaute. V. Zimmern. *R. G.,* § 121, notes 2-7.

[54] V. ci-après livre IV, titre III.

[55] Tit. D., *de minoribus viginti quinque annis* 4, 4.

Si, d'un côté, la loi favorisait ainsi les mineurs, d'un autre côté elle leur rendait plus difficiles les opérations de la vie ordinaire, et restreignait sous certains rapports leur faculté d'agir, en leur adjoignant un curateur. Il pouvait donc, selon les circonstances, paraître avantageux de ne pas tomber sous l'application des dispositions législatives qui se rapportent aux mineurs. C'est pourquoi des constitutions impériales permirent aux hommes âgés de plus de vingt ans et aux femmes âgées de plus de dix-huit ans, de demander à l'Empereur la *venia ætatis*, qui les assimilait aux majeurs, sauf quelques restrictions relatives à la faculté d'aliéner [56].

III. Les personnes d'un âge très-avancé sont dispensées de certaines charges et fonctions publiques [57]. Nous n'avons guère à mentionner ici que la disposition qui permet aux hommes âgés de plus de soixante et dix ans de refuser une tutelle qui leur est déférée.

§ 99. *Hommes. — Femmes.*

En général les deux sexes ont les mêmes droits civils, sauf toutefois le droit de puissance paternelle qui ne peut jamais appartenir à une femme. Abstraction faite de cette différence qui est fondée sur l'organisation de la famille romaine, les lois contiennent encore de nombreuses dispositions, qui ont pour but soit de restreindre la capacité des femmes, soit de leur assurer une

[56] La première constitution qui parle de cette *venia ætatis* est de l'empereur Aurélien, 275 de l'ère chrétienne. La matière fut définitivement réglée par Constantin. (L. un., Th. C., *de his qui veniam æt. impetr.* 2, 17.) L. 2, I. C., *de his qui veniam æt. impetr.* 2, 45. « Omnes adolescentes, qui honestate morum præditi, paternam frugem, vel avorum patrimonia gubernare cupiunt..., ita demum ætatis veniam impetrare audeant, cum vicesimi anni metas impleverint... § 1. Feminas quoque... cum octavum et decimum annum egressæ fuerint, veniam ætatis impetrare sancimus... ita, tamen ut prædia sine decreto non alienent. » — Justinien par la L. 3, C., *eod.*, interdit à ceux qui ont obtenu la *venia ætatis* d'aliéner ou d'hypothéquer leurs immeubles, et ajoute encore d'autres restrictions dans la L. 4, C., *eod.*

[57] D'après Festus, v. *Sexagenarios*, l'âge de soixante ans aurait dispensé des fonctions publiques. Dans le Digeste et le Code, ce privilége n'est accordé qu'aux septuagénaires. Fr. 3, D., *de jure immunit.* 50, 6. — L. 10, C., *de decur.* 10, 31.—L'âge de cinquante-cinq ans donnait le droit de refuser les fonctions de *décurion*. Fr. 2, § 8. Fr. 11, D., *de decur.* 50, 2. — L. 3, C., *qui ætate vel profess.* 10, 49.

protection plus efficace. Ainsi elles sont incapables de remplir des fonctions publiques; elles sont même incapables, sauf quelques exceptions, de gérer une tutelle [58]; elles ont une capacité plus restreinte dans plusieurs actes de procédure, etc. [59]. Par contre, elles atteignent l'âge de la puberté plus tôt que les hommes, elles ne sont pas passibles de la contrainte par corps, elles ne s'obligent pas quand elles se portent cautions [60]. En outre il y avait plusieurs cas dans lesquels les femmes étaient incapables d'agir, surtout dans l'ancien droit, à cause des formalités que certains actes exigeaient. Nous parlerons de ces restrictions aux endroits convenables, en nous bornant ici à faire observer que dans l'ancien droit toutes les femmes *sui juris* étaient soumises à une tutelle (*tutela mulierum*), institution particulière qui a subsisté jusqu'au temps de Dioclétien [61]. (V. ci-après, livre IV, titre III.)

Le droit romain parle encore des *hermaphrodites,* mais sans les admettre comme une classe particulière; il veut qu'on les considère comme étant du sexe dont ils approchent le plus [62].

§ 100. *De la parenté. — De la légitimité.*

On appelle *légitimes* les enfants conçus dans un mariage civil romain (*justæ nuptiæ, justum matrimonium*), c'est-à-dire dans un mariage contracté en vertu du *connubium* et qui produit les effets consacrés par le *jus civile,* notamment la puissance paternelle et le droit d'agnation qui en est une conséquence. Tous les autres enfants sont *illégitimes* [63]. Ce nom comprendrait donc aussi bien

[58] Fr. 2, D., *de reg. juris* 50, 17. — Fr. ult., D., *de tut.* 26, 1.

[59] Fr. 1, § 5, D., *de postulando* 3, 1. « ... (Prætor) feminas prohibet pro aliis postulare. Et ratio quidem prohibendi est, ne contra pudicitiam sexui congruentem, alienis causis se immisceant, ne virilibus officiis fungantur mulieres. Origo vero introducta est a Carphania, improbissima femina, quæ inverecunde postulans et magistratum inquietans, causam dedit edicto. »

[60] A) V. § 98, note 48. B). *Nov.,* 134, c. 9. C). Tit. D., *ad Sc. Vellej.* 16, 1. — Tit. C., *eod.,* 4, 29.

[61] Du moins c'est dans une constitution de Dioclétien que nous en trouvons la dernière mention. *Vatic. fragm.* 325.

[62] Fr. 10, D., *de statu hom.* 1, 5. « Quæritur, hermaphroditum cui comparemus. Et magis puto ejus sexus æstimandum, qui in eo prævalet. » — Fr. 15, § 1, D., *de testib.* 22, 5. — F. 6, § 2, D., *de liber. et post.* 28, 2.

[63] V. ci-dessus § 33, note 51, et Fr. 13, § 1, D., *de adult.* 48, 5. — Fr. 37, § 2, D., *ad municip.* 50, 1.

les enfants nés d'un mariage *juris gentium* que ceux nés hors mariage. Toutefois, après l'ordonnance de Caracalla, qui accorde à tous les sujets le droit de cité, et surtout après l'abolition de la qualité de *Latinus Junianus* et de *peregrinus dedititius,* les mariages *juris gentium* ne pouvaient guère se rencontrer, et l'on peut dire que tous les enfants nés d'un mariage valable étaient légitimes. Pour constater la paternité, les lois ont établi la présomption que l'enfant né pendant le mariage a pour père le mari, lorsqu'il est né six mois (182 jours) après la célébration du mariage. *Pater est quem nuptiæ demonstrant* [64].

Les enfants nés hors mariage peuvent être : 1° *naturels,* nés d'une concubine. Le concubinage était une institution légale chez les Romains (V. ci-après, livre IV, titre Ier); 2° *adultérins,* nés d'un commerce adultérin; 3° *incestueux,* nés d'un commerce incestueux, c'est-à-dire de personnes parentes à un degré qui fait obstacle au mariage; 4° *spurii,* ou *vulgo quæsiti, vulgo concepti,* tous les autres enfants illégitimes [65]. Il est à remarquer que tous les enfants illégitimes sont toujours *sui juris,* parce qu'ils ne se trouvent dans aucun rapport civil avec leur père. La loi les reconnait bien comme parents de leur mère; mais elle n'admet aucune parenté entre eux et le père [66]. Toutefois les enfants naturels proprement dits peuvent acquérir la qualité d'enfants légitimes par un acte civil, appelé *legitimatio;* et même, comme enfants naturels, ils ont, d'après des constitutions de Justinien, des droits de succession,

[64] Fr. 3, § 12, D., *de suis et legit.* 38, 16. — Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5. — Fr. 6, D., *de his qui sui* 1, 6. — La règle « *pater est quem nuptiæ demonstrant,* » se trouve au Fr. 5, D., *de in jus voc.* 2, 4; mais par rapport à une question tout autre que celle à propos de laquelle on la cite ordinairement. Voyez la note 66.

[65] Gaius, I, 64.—Ulpien, IV, 2. V, 7. —§ 12, I., *de nupt.* 1, 10.—Fr. 19, D., *de statu hom.* 1, 5. — Au reste le mot *naturalis* a différentes significations suivant le terme auquel on l'oppose. Ainsi en opposition aux enfants issus d'un mariage légitime, il sert à désigner les enfants nés de concubinage, et c'est là le sens propre du mot; mais souvent aussi en opposition aux enfants adoptifs il comprend les enfants *procréés* même d'un mariage civil. Ulpien, VIII, 1. XXVIII, 3.—Pr. I., *de adopt.* 1, 11.—§ 2, I., *de hered. quæ ab int.* 3, 1, etc. — Les enfants nés du commerce entre deux esclaves sont également appelés *naturales.* Fr. 88, § 12, in f., D., *de leg. II* (31). « Naturales liberos, id est, in servitute susceptos. »

[66] C'est à propos de cette règle que les Romains disent que *pater est quem nuptiæ demonstrant.* Fr. 5, D., *de in jus voc.* 2, 4. « Quia (mater) semper certa est, etiamsi vulgo conceperit, pater est, quem nuptiæ demonstrant. »

quoique restreints, sur les biens de leur père. (V. ci-après, livre IV, titre Ier, et livre V.)

§ 101. *Agnatio.* — *Cognatio.*

Les Romains distinguent la *parenté civile* (*agnatio*) et la *parenté naturelle* (*cognatio*).

L'*agnation* est la parenté fondée sur la famille romaine, dont la puissance paternelle est le caractère distinctif [67]. Il y a agnation entre deux personnes toutes les fois que l'une d'elles se trouve sous la puissance de l'autre, ou que toutes les deux se trouvent sous la même puissance, ou s'y sont trouvées, ou auraient pu s'y trouver, pourvu que dans ces deux derniers cas la cause qui fait qu'elles ne se trouvent pas sous la même puissance soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort du père de famille [68]. Ainsi sont agnats : le père et l'enfant qui se trouve sous la puissance du père ; deux enfants d'un père vivant, qui se trouvent sous la puissance de celui-ci ; deux frères ou sœurs dont le père est mort ; deux frères ou sœurs dont l'un est né après la mort du père, etc. [69].

[67] Dans le cours de l'ouvrage nous aurons souvent l'occasion de faire observer combien il est difficile de donner une bonne définition des institutions qui ne doivent leur origine qu'au droit positif (*jus civile*). On s'en convaincra aisément en examinant les définitions que les anciens donnent de l'agnation, et qui toutes sont vicieuses. Nous nous bornerons à indiquer les effets de l'agnation et à donner une énumération complète des cas dans lesquels ce lien existe. — Voici au reste les principaux passages des anciens sur l'agnation : Gaius, I, 156. « Sunt autem *agnati* per virilis sexus personas cognatione junctæ, *quasi a patre cognatæ*. III, 10. Vocantur autem *agnati*, qui legitima cognatione juncti sunt. Legitima autem cognatio est ea, quæ per virilis sexus personas conjungitur. » — § 4, I., *de success. cognat.* 3, 5. « ... Cum agnatio a patre, cognatio sit a matre. » — Fr. 4, D., *unde cognati* 38, 8. « Quia consanguinitatis itemque agnationis jura a patre oriuntur. »

[68] Pour simplifier la matière nous ne parlons ici que de la puissance paternelle ; mais la femme qui entrait *in manum* acquérait également les droits d'agnation. Voyez livre III.

[69] Fr. 12, D., *de suis et legitimis* 38, 16. — Fr. 10, § 3, D., *de gradibus* 38, 10. — Fr. 6, D., *unde legitimi* 38, 7. Il peut donc y avoir *agnation* entre deux personnes qui ne se trouvent point sous la même puissance et ne s'y sont jamais trouvées, pourvu que la circonstance qui a empêché ce rapport de soumission commune soit un événement naturel, c'est-à-dire la mort de l'auteur commun, arrivée soit après, soit avant la naissance des deux personnes dont il s'agit. Mais si cette circonstance provient d'un acte civil, particulièrement de l'émancipation de l'une des personnes en question, ou d'une personne intermédiaire, l'agnation devient impossible. Fr. 7, pr. D., *de cap. min.* 4, 5. « Agnatis...

L'agnation s'établit de la même manière que la puissance paternelle, savoir : 1° par génération dans un mariage civil; 2° par adoption, acte civil au moyen duquel un père de famille acquiert la puissance paternelle sur une personne qui ne se trouvait pas auparavant dans ce lien vis-à-vis de lui; 3° par légitimation, acte civil qui fait acquérir au père la puissance paternelle sur ses enfants naturels. (V. ci-après, livre IV, titre II) [70].

Le lien de l'agnation est rompu toutes les fois que la puissance paternelle qui en est la base vient à cesser par un événement autre que la mort du père de famille. Le fils émancipé n'est plus agnat ni de son père ni de ses frères ou sœurs. La vierge vestale n'a plus d'agnats. Il en est de même lorsque l'un des agnats entre dans une autre famille, ce qui peut se faire au moyen de l'adoption [71].

Comme l'agnation n'existe que par la puissance paternelle, et que cette dernière ne peut appartenir aux femmes, il est évident qu'il n'y a point d'agnation entre la mère et ses enfants.

La *cognation* ou la parenté naturelle est le lien qui s'établit par la génération entre deux personnes dont l'une est l'auteur de l'autre ou qui ont un auteur commun. Il importe peu que la génération ait eu lieu en mariage ou hors mariage; mais comme le droit romain ne reconnait point de père à l'enfant né hors mariage, cet enfant n'est cognat que de sa mère et des cognats de celle-ci [72].

En comparant cette notion avec celle que nous avons donnée de l'agnation, on voit aisément que l'agnation par génération établit toujours nécessairement la cognation, tandis qu'il peut y avoir cognation sans agnation, par exemple entre l'enfant et la mère, entre le père et le fils émancipé [73]. L'adoption crée également la

qui desinunt esse familia mutati. » — (ULPIEN), Fr. 195, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Communi jure familiam dicimus omnium agnatorum; nam etsi patrefamilias mortuo, singuli singulas familias habent, tamen omnes qui sub unius potestate fuerunt recte ejusdem familiæ appellabuntur, qui ex eadem domo et gente proditi sunt. »

[70] A. B). Fr. 4, § 2, D., *de gradibus et affin.* 38, 10. — § 2, I., *de legit. agnat. succ.* 3, 2.—C). § 13, I., *de nuptiis* 1, 10.

[71] A. C). § 3, I., *de legit. agnat. tut.* 1, 15. — Fr. 4, § 10, D., *de gradib. et affin.* 38, 10.—B). § 98, note 41.

[72] V. ci-dessus § 100, note 66.

[73] § 1, I., *de legit. agnat. tut.* 1, 15. « Sunt autem agnati cognati per virilis sexus personas cognatione conjuncti quasi a patre cognati... At qui per feminini sexus personas cognatione junguntur, non sunt agnati, sed alias naturali jure

cognation d'après le droit romain; alors on parle de *cognation civile* (*cognatio fingitur*) [74]. La légitimation ne fait que constater une cognation, que la loi civile refusait de reconnaitre.

Les rapports de parenté sont surtout importants dans les successions *ab intestat*. L'ancien droit n'appelait à cette succession que les personnes qui faisaient partie de la famille dans le sens romain, c'est-à-dire les agnats; il en résultait que les enfants émancipés étaient exclus de la succession de leur père, et qu'il n'y avait point de succession entre la mère et ses enfants. A mesure que l'autorité excessive dont le père de famille disposait originairement s'affaiblit tant par les mœurs que par la loi, l'importance de l'agnation diminua également. Le préteur admit à la succession les enfants émancipés et même d'autres cognats; des sénatus-consultes établirent un droit de succession entre la mère et les enfants; et au moyen de réformes partielles on en arriva au point que Justinien se crut obligé d'abolir l'ancienne différence entre les agnats et les cognats, en accordant à ces derniers tous les droits que la législation antérieure avait réservés à la parenté civile [75].

§ 102. *Ligne directe et collatérale.—Lien double.—Degrés de parenté.*

Il y a parenté en *ligne directe* entre deux personnes quand l'une d'elles descend de l'autre; et en *ligne indirecte* ou *collatérale*, quand l'une ne descend pas de l'autre, mais que toutes deux descendent d'un auteur commun [76]. La ligne directe est *des-*

cognati. » — Fr. 10, § 2, D., *de gradib. et affin.* 38, 10. « Cognati sunt et quos agnatos lex duodecim tabularum appellat; sed hi sunt per patrem cognati ex eadem familia : qui autem per feminas conjunguntur, cognati tantum nominantur. » § 4. « Inter agnatos igitur et cognatos hoc interest quod inter genus et speciem; nam qui est agnatus, et cognatus est, non utique autem qui cognatus est, et agnatus est; alterum enim civile, alterum naturale nomen est. »

[74] Fr. 4, § 2, D., *de gradib. et affin.* 38, 10. « ... Et quidem *naturalis* cognatio *per se* sine civili cognatione intelligitur quæ per feminam descendit quæ vulgo liberos peperit. *Civilis* autem *per se*, quæ etiam legitima dicitur, sine jure naturali, cognatio consistit per adoptionem. *Utroque jure* consistit cognatio, cum justis nuptiis contractis copulatur. »

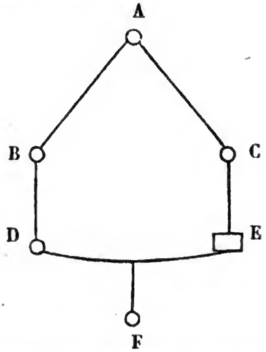
[75] Voyez en général sur cette matière *le Droit héréditaire*. — Pour la législation de Justinien, voyez la célèbre *Novelle* 118, qui réforma entièrement l'ancien système des successions ab intestat.

[76] *Recta linea — transversa linea, ex transverso, ex obliquo, a latere*. Fr. 1, pr. D., 1, *de gradib. et affin*. 38, 10.

cendante ou *ascendante*, selon qu'on descend de l'auteur à sa progéniture ou que l'on remonte de cette dernière à l'auteur [77]. Dans la ligne collatérale il y a une autre distinction à faire. Les collatéraux qui ont les deux auteurs (père et mère, grand-père et grand-mère, etc.) communs, s'appellent *germains;* s'ils n'ont de commun que le père, etc., ils s'appellent *consanguins*, et *utérins* si c'est la mère, etc., qui leur est commune. (V. ci-après Obs. 1.)

Il peut se faire que deux personnes soient parentes l'une de l'autre à plus d'un titre. Ces rapports complexes peuvent s'établir de différentes manières.

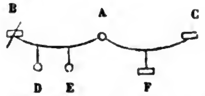
Exemple : Deux personnes parentes entre elles se marient et procréent des enfants.



D et E, cousin et cousine, se marient et procréent F. Tous les

[77] *Ascendentes, linea s. ordo superior — descendentes, linea s. ordo inferior.* Fr. 1, pr. Fr. 9. 10, D., *de grad. et affin.* 38, 10.

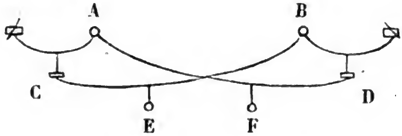
[78] Dans les tableaux généologiques nous nous servirons du signe O pour désigner les hommes et du signe ▭ pour désigner les femmes. Un trait horizontal indiquera que les deux personnes, qu'il relie, sont mariées; le trait vertical indiquera que l'une des personnes descend de l'autre. Quand le signe qui représente une personne est traversé d'une barre, cette personne est décédée.



Voici, d'après ces signes conventionnels, l'explication du tableau précédent. A et B ont de leur mariage deux fils D et E. Après la mort de sa femme, A épouse en secondes noces la femme C. De ce mariage naît la fille F. D et E sont frères germains. F est la sœur consanguine de D et E.

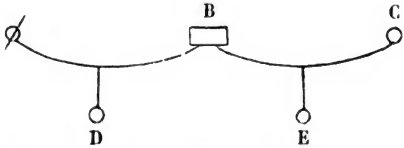
ascendants de F se trouvent vis-à-vis de lui dans un double rapport de parenté. Ainsi pour ne parler que de B et C, B est à la fois grand-père du côté paternel et grand-oncle du côté maternel par rapport à F. De même C est son grand-père du côté maternel et son grand-oncle du côté paternel.

Autre exemple :



A et B épousent l'un la fille de l'autre. Du mariage entre A et D naît un enfant F; du mariage entre B et C naît un enfant E. Ces enfants seront respectivement oncles et neveux l'un de l'autre. F est l'oncle de E, parce qu'il est le frère consanguin de C, mère d'E. Par contre F est le neveu de E, parce que E est le frère consanguin de D, mère de F.

L'adoption produit aussi un lien complexe entre deux personnes, lorsqu'elles étaient déjà liées auparavant par agnation ou cognation.



La femme B, qui a un enfant D, épouse en secondes noces C, lequel adopte l'enfant D. L'enfant E qui naît du second mariage sera le frère utérin de D par génération et en même temps son frère consanguin par adoption.

Ces rapports complexes peuvent exercer quelque influence sur les droits de succession et particulièrement sur les parts héréditaires. (V. ci-après, livre V.)

La proximité de parenté s'établit par le nombre des générations qui lient les deux personnes unies. Chaque génération forme un degré. * *Tot sunt gradus, quot sunt generationes* *[79]. Dans la ligne directe la computation se fait de la manière la plus simple. Père

[79] § 7. 8, I., *de gradibus cognationis* 3, 6. — Fr. 10, § 9, D., *de gradib. et affin.* 38, 10.

et fils sont parents au premier degré, grand-père et petit-fils, au second degré, et ainsi de suite. Dans la ligne collatérale, on compte les générations qu'il y a entre les deux personnes en remontant de l'une jusqu'à l'auteur commun, et en descendant de celui-ci jusqu'à l'autre personne. Ainsi des frères sont parents au second degré; oncle et neveu, au troisième; des cousins au quatrième, etc.[80].

Observation. Nous employons les mots *germains*, *consanguins*, *utérins*, dans le sens technique des jurisconsultes modernes. Les Romains ne leur donnaient pas une signification aussi exclusive. Ainsi des frères consanguins dans le sens moderne étaient quelquefois appelés *germani*[81]; des frères *utérins* même étaient désignés par ce nom[82]. Le mot *consanguinei* signifiait originairement des enfants ayant le même père, c'est-à-dire, liés entre eux par agnation, sans que l'on distinguât s'ils avaient des mères différentes ou la même mère[83].

§ 103. *De l'affinité.*

L'affinité est le lien qui s'établit par le mariage entre deux époux ou entre l'un d'eux et les parents de l'autre[84]. Sous ce dernier

[80] Le droit canon suit le même système dans la ligne directe; mais dans la ligne collatérale il ne compte que la distance entre l'auteur commun et la personne qui en est le plus éloignée, sans tenir compte de la distance qui peut séparer l'autre personne de l'auteur commun. Quand les deux personnes sont à la même distance de l'auteur commun, on compte les générations qui séparent ce dernier de l'une ou l'autre des deux personnes. Ainsi deux frères sont collatéraux au premier degré; oncle et neveu le sont au second; deux cousins, également au second degré, etc.

[81] § 3 in f. 4, I., *de legit. agnat. succ.* 3, 2, et Schrader, *ad h. l.*

[82] Servius, *ad Virg. Æn.* V, 412. « Germanus est, secundum Varronem in libris de gradibus, de eadem genitrice manans..., secundum quem bene nunc Erycen, Butæ et Veneris filium, Æneæ dicit fuisse germanum. » — Isidore, *Orig.*, IX, 6. « Germani vero de eadem genitrice manantes, etc. »

[83] Ulpien, XXVI, 1. « ... Consanguineos, id est fratres et sorores ex eodem patre. » — § 1, I., *de legit. agnat. success.* 3, 2. « ... Itaque eodem patre nati fratres agnati sibi sunt, qui et consanguinei vocantur, nec requiritur, an etiam eandem matrem habuerint. » — *Coll. leg. Mos. et Rom.*, XVI, 3, 15. « *Consanguinei* sunt : eodem patre nati, licet diversis matribus, qui in potestate fuerunt mortis tempore; adoptivus quoque frater, si non sit emancipatus; et hi qui post mortem patris nati sunt, vel causam probaverunt.

[84] *Vat. fragm.*, 302. « Excipiuntur et affinium personæ, ut privignus, privigna, noverca..., vir et uxor. » Voyez encore *Vat. Fr.* 218. 262. — L. 5, C., *de hered. instit.* 6, 24. « Non ideo minus uxor tua jure heres videtur instituta, quod non

rapport elle peut exister en ligne directe, par exemple, entre l'un des époux et les descendants ou ascendants de l'autre; ou en ligne collatérale, savoir entre l'un des époux et les parents collatéraux de l'autre. Les parents de l'un des époux ne sont point *affines* des parents de l'autre époux [85].

Comme l'affinité s'établit par le mariage, de même elle cesse par la dissolution du mariage. Il va sans dire qu'il n'y a pas d'affinité entre l'un des époux et les personnes qui ne deviennent parentes de l'autre qu'après la dissolution du mariage.

L'affinité n'exerce guère d'influence sur les droits des personnes qui se trouvent dans ce rapport, si ce n'est qu'elle forme à certains degrés obstacle au mariage, et qu'elle peut faire naître l'obligation de se fournir mutuellement des aliments. Le lien qui s'établit par le mariage entre le mari et la femme crée en outre des rapports de droit très-importants, que nous exposerons au titre du mariage (*Voyez* ci-après, Livre IV, Titre I).

A la rigueur il ne peut être question de degrés dans l'affinité [86], parce qu'elle ne s'établit pas par génération; mais on a l'habitude d'appliquer à l'affinité les degrés de la parenté. Ainsi l'on dit que l'un des époux est allié des parents de l'autre au même degré que celui-ci est leur parent.

§ 104. *De l'honneur civil.*

La considération publique dont un homme jouit est sans doute indépendante des lois; mais le droit romain attache à certains faits, qui sont présumés la modifier, des conséquences légales. Sous ce rapport, l'opinion publique sur notre honneur (*existimatio*) a une importance juridique.

Cette *existimatio* peut recevoir des atteintes plus ou moins

uxor, sed affinis testamento nominata est. » — Fr. 4, § 3, D., *de grad. et affin.* 38, 10. « ... Affines sunt viri et uxores cognati, dicti ab eo, quod duæ cognationes, quæ diversæ inter se sunt, per nuptias copulantur, et altera ad alterius cognationis fidem accedit; namque conjungendæ affinitatis causa fit ex nuptiis. »

[85] Le droit canon considère les parents des deux époux comme *affines*.

[86] Fr. 4. § 5, D., *de gradib. et affin.* 38, 10. « Gradus autem affinitati nulli sunt. » — Fr. 10, pr. D., *eod.* — *Vat. fragm.*, 216. 217.

graves, ou, comme dit un jurisconsulte romain, *consumitur aut minuitur* [87].

Elle est entièrement anéantie par toute *capitis deminutio magna*, c'est-à-dire, par la perte de la liberté ou du droit de cité [88].

Sans perdre la liberté ni le droit de cité, le citoyen romain pouvait être privé de l'exercice de certains droits. Depuis les temps les plus reculés, les Romains avaient reconnu à l'opinion publique le pouvoir de rendre les personnes mal famées incapables de faire des actes qui semblent exiger un honneur intact. Déjà la loi des douze tables parle de *homines intestabiles*, c'est-à-dire, d'hommes inhabiles à faire des actes solennels dans lesquels des témoins sont nécessaires; et cette défense était très-grave, parce que l'intervention de témoins était alors indispensable dans presque tous les actes de la vie civile [89]. De bonne heure aussi on désigne par les termes *infamia, ignominia,* une diminution de l'*existimatio* assez forte pour priver celui qui en était frappé de l'exercice des droits politiques [90]. Il est probable que les censeurs se faisaient à cet égard les interprètes de l'opinion publique, en usant de leur pouvoir arbitraire dans le recensement des citoyens, qui leur permettait d'enlever aux sénateurs la dignité sénatoriale, de faire sortir les chevaliers de l'ordre équestre, et même de priver un citoyen de tous les droits politiques, en le classant parmi les *ærarii* (§ 27, 33). En dehors de cette *nota censoria*, qui était abandonnée à l'arbitraire du magistrat et qui pouvait être effacée par ses successeurs, la loi attachait des conséquences analogues à certains crimes et frappait de la peine de l'infamie ceux qui s'en étaient rendus coupables [91]. Cette institution prit un développement complet dans

[87] Fr. 5, § 1, D., *de extraordin. cognit.* 50, 13. « *Existimatio* est dignitatis illæsæ status, legibus ac moribus comprobatus, qui ex delicto nostro auctoritate legum aut *minuitur* aut *consumitur.* »

[88] Fr. 5, § 3, D., *cité.* « *Consumitur...* quoties magna capitis minutio intervenit, id est, cum libertas adimitur : veluti cum aqua et igni interdicitur, etc. »

[89] La loi des Douze Tables menace de cette peine celui qui, ayant servi de témoin dans un acte solennel, refuse de déposer en cette qualité : Aulu-Gelle, XV, 13. « Item ex iisdem (XII) tabulis id quoque est : Qui se sierit testarier, libripensve fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto. »

[90] Cicéron, *pro Cluentio,* 42. « Sic hominibus ignominia notatis, neque ad honorem aditus, neque in curiam reditus esset. »

[91] Cicéron, *pro Cluentio,* 43. « *Turpi judicio* damnati, *in perpetuum* omni honore ac dignitate privantur. »

l'édit du préteur qui lui donna plus d'extension et lui attribua aussi des effets civils, en déclarant les infâmes incapables d'ester en justice comme mandataires d'autres personnes (*postulare*) [92], et d'intenter une de ces actions d'intérêt public qu'on appelait *populares* [93]. Sous l'empire, l'importance politique de l'infamie diminua naturellement de plus en plus, et il n'en resta que les effets civils. Aussi est-ce à propos des actes de procédure que nos sources traitent de l'infamie.

L'infamie résultait : 1° De toute condamnation criminelle dans un *judicium publicum*. D'abord cette conséquence n'était attachée qu'à certains crimes déterminés ; mais sous les empereurs on admit le principe d'une manière générale. 2° De la condamnation pour certains délits privés, particulièrement du chef de vol, de rapine, d'injures et de dol et fraude [94]. La condamnation pour fraude entrainait l'infamie même dans des cas qui ne constituent pas un délit, par exemple, quand c'était un associé, un tuteur, un mandataire ou un dépositaire, qui s'en étaient rendus coupables [95]. 3° De l'exercice de certaines professions honteuses [96]. 4° Enfin la loi déclarait infâmes la femme qui se remariait avant l'expiration de l'année de deuil, les bigames et ceux qui, étant fiancés, contractaient d'autres fiançailles ; les femmes saisies en flagrant délit d'adultère, les parjures, les soldats ignominieusement renvoyés, les usuriers, etc. [97].

[92] Fr. 1, § 8, D., *de postulando*, 3, 1. « Ait Prætor : QUI LEGE, PLEBISCITO, SENATUS-CONSULTO, EDICTO, DECRETO PRINCIPUM, NISI PRO CERTIS PERSONIS, POSTULARE PROHIBENTUR : HI PRO ALIO, QUAM PRO QUO LICEBIT, IN JURE APUD ME NE POSTULENT. Hoc edicto continentur etiam alii omnes, qui edicto Prætoris *ut infames notantur*. » — Fr. 4, D., *de popul. act.* 47, 23. « Popularis actio integræ personæ permittitur : hoc est cui per edictum postulare licet. »

[93] TAB. HERACL., lin. 120. 122. — Fr. 4, § 4, D., *de his qui not.* 3, 2. — Fr. 1, pr. D., *ad legem Juliam de vi privata* 48, 7. — Le principe général se trouve Fr. 56, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 7, D., *de publicis judiciis* 48, 1.

[94] Fr. 4, § 5, D., *de his qui not.* 3, 2.

[95] CICÉRON, *pro Roscio com.* 6 ; *pro Roscio Amer.* 38, 39 ; *pro Cæcina* 2. 3. —TABULA HERACL. lin. 111.— Il paraît que le tuteur infidèle était déjà par la loi des XII tables passible de la peine de l'infamie. Pr. § 6, I., *de suspectis* 1, 26.

[96] « Femina corpore quæstum faciens ; qui lenocinium fecerit ; qui artis ludicræ pronunciandive causa in scenam prodierit ; qui operas suas, ut cum bestiis depugnaret, locaverit. « V. TAB. HERACL. lin. 112. 113. 122. 123. — Fr. 1, §6, D., *de postul.* 3, 2, etc.

[97] Il serait fastidieux de citer ici tous les textes à l'appui, d'autant plus que

En lisant cette énumération, on voit que dans quelques cas l'infamie résulte immédiatement de tel fait ou de l'exercice de telle profession, tandis que dans d'autres elle suppose nécessairement une condamnation. Cette différence sert de base à la division des modernes en * *infamia immediata* * et * *infamia mediata* * [98].

Dans nos sources nous trouvons pour désigner des atteintes moins graves à l'*existimatio* les termes *turpitudo, infamia vitæ, levis nota*, etc., sans que nous puissions en déterminer d'une manière exacte la signification. Nous parlerons dans le cours de l'ouvrage des conséquences que l'une ou l'autre de ces conditions peut avoir.

La *nota censoria* ne produisait d'effet que pour la durée de la magistrature du censeur qui l'avait infligée [99]. L'*infamie* au contraire était inhérente à perpétuité à la personne qui en avait été frappée; toutefois le peuple pouvait en relever, et par la suite les empereurs en annulaient souvent les effets par la restitution en entier [100].

§ 105. *Autres divisions des personnes.*

La capacité personnelle d'un individu peut encore subir quelques restrictions ou recevoir des extensions particulières par suite de diverses causes, parmi lesquelles nous signalons les suivantes :

1. *Religion.* Originairement la religion ne pouvait point être une cause de différence de droits, puisque tous les citoyens suivaient le même culte. Après qu'on eut commencé à recevoir des étrangers dans l'État, on ne tenait même aucun compte de la diversité de religion. Ainsi la *judaica superstitio* qui, dans le principe, compre-

nous serons obligé de revenir sur les cas particuliers. Nous nous bornons à mentionner les passages suivants : *Qui ab exercitu ignominiæ causa dimissus erit.* TABULA HERACL. lin. 121; Fr. 1, pr. D., *de his qui not.* 3, 2. — *Vir qui corpore suo muliebria passus est :* Fr. 1, § 6, D., *de postul.* 3, 2.

[98] Les commentateurs parlent encore d'une *infamie de fait* (* *infamia facti* *) en opposition à l'*infamie de droit* (* *infamia juris* *); mais il suffit de lire le Fr. 2, pr. D., *de obsequiis* 37, 15, sur lequel on fonde cette division, pour se convaincre que cette soi-disant *infamie de fait* n'a aucune importance légale.

[99] Cela résulte des règles générales sur le pouvoir des magistrats. *Voyez* au reste §§ 26 et 27, note 74.

[100] Fr. 1, § 9. 10, D., *de postul.* 3, 2. — L. 3, Th. C., *de indulgent. crim.* 9, 38. — L. ult. C., *de generali abolit.* 9, 43. — L. 7, C., *de sent. passis et restitutis* 9, 51.

nait aussi le christianisme, ne privait point de la jouissance des droits civils sous les premiers empereurs [1]; mais par la suite, les chrétiens, comme ne suivant la religion d'aucune nation, furent considérés comme rebelles et durent subir de cruelles persécutions [2]. L'empereur Gallien leur accorda le libre exercice de leur culte et permit à leurs communes de se remettre en possession des cimetières [3]. A partir de Constantin le christianisme devient religion de l'État, et les empereurs publient des ordonnances nombreuses tant contre les païens et les juifs (*pagani, gentiles, judæi*) que contre les hérétiques, et surtout contre les apostats. Nous n'avons garde de donner une analyse de ces ordonnances dans lesquelles l'absurdité le dispute à la cruauté; nous nous bornons à faire observer que les *chrétiens orthodoxes* seuls jouissent de la plénitude des droits civils; les autres citoyens sont soumis à de nombreuses restrictions, particulièrement par rapport à la capacité de succéder et de servir de témoin [4].

2. *Santé.* Les Romains distinguent entre *maladies* et *défauts physiques* (*morbi—vitia*) [5]. Les maladies graves affranchissent ceux qui en sont affectés des conséquences défavorables que la loi attache à l'inobservation de certaines formalités, particulièrement dans la procédure. En outre elles dispensent de plusieurs

[1] Fr. 3, § 3, D., *de decur.* 50, 2. « Eis qui judaicam superstitionem sequantur, Divi Severus et Antoninus honores adipisci permiserunt : sed et necessitates eis imposuerunt, quæ superstitionem eorum non læderent. » — Le Fr. 11, pr. D., *ad leg. Corn.* 48, 8, mentionne même un rescrit d'Antonin le Pieux qui permet aux juifs de circoncire leurs enfants, tandis que cette opération est en général considérée comme un crime.

[2] *V.* Zimmern., *Gesch. d. R. P. R.*, § 130, notes 9. 10.

[3] Eusèbe, *Hist. eccl.*, VII, 13, cite le texte de l'édit de Gallien qui autorise l'exercice du culte, et parle d'un autre édit du même empereur qui permet aux évêques de se remettre en possession des cimetières.

[4] Tit. Th. C., *de hæreticis* 6, 5. — Tit. I. C., *eod.* 1, 5. — Tit. Th. C., *de apostatis* 16, 7. — Tit. I. C., *eod.* 1, 7. — *Nov. Theod.* 3. — *Nov. Valent.* 2, etc.

[5] Cicéron, *Tusc. quæst.* IV, 13. « *Morbum* appellant totius corporis corruptionem : *ægrotationem,* morbum cum imbecillitate : *vitium,* cum partes corporis inter se dissident, ex quo pravitas membrorum, distortio, deformitas. » — Aulu-Gelle, IV, 2. — Fr. 1, § 7, D., *de Ædil. edicto* 21, 1. — Fr. 101, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Verum est, *morbum* esse temporalem corporis imbecillitatem, *vitium* vero perpetuum corporis impedimentum : veluti si talum (*al.* oculum) excussit; nam et luscus (*al.* luxus) itaque vitiosus est. »

charges [6]. Parmi les personnes atteintes de défauts physiques, on remarque surtout les impuissants, tant ceux qui le sont par un vice de conformation (*spadones*) que ceux qui le sont devenus par suite d'une opération (*castrati*). Ces derniers sont incapables de se marier et d'adopter [7]. — Les *maladies mentales* peuvent exercer une très-grande influence sur la capacité personnelle de ceux qui en sont atteints. Les personnes qui se trouvent en état de démence (*dementes, mente capti, furiosi*) sont censées n'avoir point de volonté et sont par conséquent incapables de faire un acte quelconque qui puisse produire des effets juridiques. Toutefois les actes qu'elles ont faits dans des intervalles lucides sont valables. La loi des Douze tables déjà avait privé ces personnes de l'administration de leurs biens et les avait mises sous curatelle. Elle leur avait assimilé sous ce rapport les prodigues, que l'autorité pouvait mettre en état d'interdiction (*Voyez* ci-après, Livre IV, Titre III) [8].

3. *Profession*. Certaines professions jouissent de priviléges. Déjà sous les premiers empereurs, l'exercice de certaines industries, particulièrement le transport et le commerce des grains faisait

[6] Fr. 60, D., *de re jud.* 42, 1. « Quæsitum est cum alter ex litigatoribus febricitans decessisset, et judex absente eo pronuntiasset, an jure videretur pronunciasse. Respondit : *morbus sonticus* etiam invitis litigatoribus ac judice diem differt. *Sonticus* autem existimandus, qui cuique rei agendæ impedimento est... » — Tit. C., *qui morbo se excus.* 10, 50, etc.

[7] Fr. 128, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Spadonum* generalis appellatio est : quo nomine tiam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiæ, thlasiæ, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur. » — *Voyez* surtout THÉOPHILE ad § 9, I., *de adopt.* 1, 11, et ci-après livre III, titres I et II.

[8] § 8, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. « Furiosus nullum negotium gerere potest, quia non intelligit, quæ agit. » — Fr. 5, D., *de reg. juris* 50, 17.—Fr. 40, D., *eod.* « Furiosi vel ejus, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est. » — CIC., *Rhetor.*, II, 50. « Lex est : SI FURIOSUS EST, AGNATORUM GENTILIUMQUE IN EO, PECUNIAQUE EJUS POTESTAS ESTO. » — ULPIEN, XII, 2. « Lex XII tabularum furiosum, itemque prodigum, cui bonis interdictum est, in curatione jubet esse agnatorum. » — Fr. 1, D., *de cur. fur. dandis* 27, 10. « Lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratione, quod moribus quidem ab initio introductum est... » — Ordinairement les mots *dementes, mente capti, furiosi, fatui* sont employés comme synonymes; mais quelquefois on désigne spécialement par *furor* l'état de démence qui présente des intervalles lucides. (Fr. 12, pr. in f. D., *de excus.* 27, 1. — L. 6, C., *de cura furios. vel prod.* 5, 70.) Le droit romain admet comme valables les actes faits pendant des intervalles lucides.— L. 6, C., *de cur. fur.* 5, 70. — *Voyez* encore Fr. 14, *verb.* si vero, D., *de off. præs.* 1, 18. — Fr. 22, § 7, D., *soluto matrim.* 24, 3. — L. 2, C., *de contrah. emt.* 4, 38. — L. 9, C., *qui test. fac. poss.* 6, 22.

obtenir aux Latins le droit de cité [9]. Des priviléges plus ou moins importants sont accordés par la suite aux professeurs des sciences libérales, aux médecins, aux avocats, aux banquiers, aux marchands de grains, etc. La plupart de ces priviléges cependant ne concernent pas le droit privé; ils se rapportent en général à l'immunité des charges publiques. Ce sont principalement deux classes de citoyens qui jouissent de priviléges importants en fait de droit privé, savoir les membres du clergé et les militaires. Nous signalerons ces priviléges quand nous traiterons des matières auxquelles ils se rapportent. Les habitants de la campagne (*rustici*) sont dans plusieurs cas jugés avec plus d'indulgence que les habitants des villes.

DES PERSONNES CIVILES.

§ 106. *Notions générales.*

Nous avons vu ci-dessus, § 95, qu'en thèse générale l'unique sujet de droit est l'homme. Mais si d'un côté la loi romaine a restreint cette idée en privant de la capacité personnelle les individus qui se trouvent en état d'esclavage; d'un autre côté, elle l'a étendue, en conférant la qualité de *personne* à des êtres qui ne sont pas individus humains. Le produit de cette extension s'appelle *personne civile, personne morale, personne juridique* [10].

Ce qui caractérise donc essentiellement la personne civile, c'est qu'un être, qui n'est pas individu humain, a reçu la capacité d'acquérir et d'avoir des droits. Cette capacité ne se rapporte qu'aux droits patrimoniaux; aucune loi n'a jamais attribué de droits personnels aux êtres que nous désignons par le nom de personnes civiles. Au reste, la capacité personnelle de ces êtres fictifs peut être plus ou moins étendue selon la teneur de la disposition législative qui les crée *personnes*. Pour faire les actes d'acquisition et d'obligation, elles sont ordinairement représentées par une personne physique qui agit comme leur mandataire.

Sans vouloir épuiser tous les cas dans lesquels le pouvoir législatif peut se croire autorisé à créer des personnes civiles, nous pouvons dire qu'en général l'abstraction qui reçoit cette qualité

[9] ULPIEN, III, 1. 6.

[10] Les Romains disent : *personæ vice fungitur, personæ vicem sustinet*, § 2, I., *de hered. instit.* 2, 14. — Pr. I., *de stipul. serv.* 3, 17. — Fr. 116, § 3, D., *de leg. I* (30). — Fr. 22, D., *de fidejuss.* 46, 1.

peut se composer soit d'une association d'hommes, soit d'un ensemble de droits. Les personnes morales de la première catégorie peuvent être appelées *corporations*. La seconde comprend plusieurs espèces diverses, parmi lesquelles nous distinguons particulièrement les *établissements d'utilité publique*, le *fisc* et les *successions jacentes* [11].

§ 107. *Des corporations.*

On appelle *corporation*, *communauté* (*universitas*, *corpus*, *collegium*, *ordo*), une association de plusieurs personnes poursuivant un but commun, à laquelle l'État a attribué la qualité de personne. C'est donc l'autorisation de l'État qui constitue l'essence de la corporation ; et cette autorisation n'est accordée qu'en vue du but que l'association se propose d'atteindre [12].

Ce but peut être politique ou ne présenter qu'un intérêt privé. Cette différence n'influe point sur notre matière, puisque nous ne nous occupons des corporations que pour autant qu'elles sont capables d'avoir et d'acquérir des droits patrimoniaux. Toutefois il n'est peut-être pas sans utilité de passer rapidement en revue les principales communautés politiques de Rome [13].

D'abord la plus grande et la plus importante est l'*État* même. Nous avons traité de son organisation et de son administration

[11] Nous traitons *des corporations*, *du fisc* et *des établissements d'utilité publique* dans les §§ suivants. Il ne pourra être question de *l'hérédité jacente* que dans le livre V, qui traite du *Droit héréditaire*.

[12] Il ne faut pas perdre de vue que cette autorisation de l'État est une manifestation du pouvoir législatif, *ce mot pris dans le sens le plus étendu*. Ainsi de même que le *droit* s'établit non-seulement par la loi écrite, mais aussi et avant tout par l'assentiment tacite de la nation, par la coutume, de même la sanction de l'État, nécessaire pour constituer la personne civile, peut être *expresse* ou *tacite*. Dans cette dernière catégorie nous devons surtout ranger les corporations politiques dont la création remonte à l'origine de l'État, *les communes*. Mais il est évident que ces cas deviennent plus rares à mesure que la force productrice de la coutume disparaît ; et chez les peuples où la manifestation de la volonté nationale est réglée d'une manière précise, aucune association ne peut prétendre à la qualité de personne civile à moins de l'avoir obtenue par une déclaration formelle du pouvoir législatif. *Voyez* ci-après page 235.

[13] Nous renvoyons pour les détails à M. de Savigny, *System des heut. R. R.*, t. II, § 88.

dans l'introduction historique. En dehors de la ville de Rome, nous trouvons les *municipes*, les *colonies* et les *villes libres* (§§ 36, 56, 76). Les autres villes, et même les bourgs et les villages (*civitates—fora, conciliabula, castella—vici*), quoique n'ayant aucune indépendance politique, étaient également considérés comme personnes civiles, ayant capacité d'acquérir et de défendre leurs intérêts devant les tribunaux [14]. Dans les derniers temps de l'empire, des *provinces* entières figurent comme personnes civiles [15].

En dehors de l'organisation politique, nous trouvons, depuis les temps les plus reculés, les *colléges des prêtres* et *des vierges vestales*, capables d'acquérir [16], ainsi que des corporations formées des fonctionnaires subalternes, particulièrement des greffiers (*scribœ, notarii*) [17]. Des corporations de *métiers* avaient également existé de tout temps; à Constantinople elles eurent même une grande importance politique [18]. Les chevaliers avaient organisé de vastes sociétés pour l'exploitation des mines, des salines et des impôts donnés à ferme; plusieurs de ces sociétés furent érigées en corporations [19]. Enfin des confréries et des sociétés d'agrément ressemblant aux clubs anglais ou à nos sociétés d'harmonie [20], se rencontraient déjà sous la République, et nous lisons que, du temps de

[14] Fr. 73, § 1, D., *de leg. I* (30). « Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus, rescripto Imperatoris nostri significatur. »—L. 2, § 5, C., *de jurejur. propter calumn.* 2, 59. « Hoc etiam huic legi addendum esse censemus, ut, si quis pro alio litem movere voluerit..., sive pro una persona quis litem movere voluerit, sive pro aliquo corpore, *vel vico,* vel alia universitate... »

[15] L. 9. 11. 12. Th. C., *de legatis et decretis legationum* 12, 12.

[16] Le Fr. 38, § 6, D., *de leg. III* (32) mentionne un legs conçu en ces termes : A te, Petroni, peto, uti ea duo millia solidorum reddas *collegio* cujusdam *templi.*—Hygenus, ed. Goes., p. 206. « Virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt et locati. »

[17] *V.* Niebuhr, *Hist. rom.*, t. III, p. 349-353. — De Savigny, *System des heut. R. R.*, t. II, p. 253.

[18] *V.* Niebuhr, *l. l.*

[19] *Voy.* ci-dessus § 37. — Fr. 1, pr. D., *quod cujuscunque univ. nom.* 3, 4. « Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora : ut ecce, vectigalium publicorum sociis permissum est *corpus* habere : vel aurifodinarum, vel argentifodinarum et salinarum. » — Fr. 1, § 1, D., *eod.* — Fr. 3, § 4, D., *de bonor. possess.* 37, 1. — Fr. 31, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Le Fr. 59, pr. D., *pro socio* 17, 2, oppose ces corporations, que nous appellerions *sociétés anonymes,* aux sociétés ordinaires, *societates privatœ.*

[20] En Belgique plusieurs sociétés de ce genre se sont fait conférer la qualité de personne civile en s'organisant comme sociétés anonymes.

Cicéron, ces associations, auxquelles s'étaient jointes celles des scribes, étaient devenues si turbulentes, que le sénat proposa une loi afin de les dissoudre [21].

Nos sources de droit contiennent sur l'organisation des différentes corporations de nombreuses dispositions que les commentateurs ont souvent prises pour des règles générales, sans tenir compte de la nature particulière de la communauté pour laquelle elles avaient été faites. Ainsi, on dit ordinairement que l'assemblée générale ne peut prendre de décision valable à moins que les deux tiers de tous les membres, dûment convoqués, ne prennent part à la délibération. Or, cette règle n'est donnée que pour les assemblées des corps communaux [22]. Un autre principe, d'après lequel il faudrait au moins trois individus pour constituer une corporation, tandis qu'un seul membre suffirait pour la continuer, semble être d'une nature plus générale [23]. Cependant il est toujours dangereux de poser des règles absolues dans cette matière. Le seul principe fondamental sur les *universitates* est celui que nous avons indiqué au paragraphe précédent, et qui est fondé tant sur la nature des choses que sur la disposition expresse du droit romain, savoir qu'elles n'obtiennent la qualité de personnes que par l'autorisation de l'État. Quant aux dispositions sur l'existence et l'administration de la société, sur la réception et l'exclusion des membres, etc., elles dépendent entièrement de l'acte constitutif qui peut donner à la corporation une organisation démocratique, aristocratique, oligarchique, monarchique, représentative ou toute autre. Ordinairement le pouvoir législatif appartient à l'assemblée de tous les membres,

[21] *Sodalitates, Sodalitia. Voyez* Cic., *de Senect.* 13; *ad Quint. fratr.*, II, 3. — Ascon., *in Cornel.*, p. 75, ed. Orelli; *in Pison.*, p. 7, ed. Orelli. — Festus, *v. Sodales.*

[22] Fr. 2. 3, D., *de decretis ab ordine fac.* 50, 9. « Illa decreta, quæ non legitimo numero *decurionum* coacto facta sunt, non valent. » — « Lege autem *municipali* cavetur, ut ordo non aliter habeatur, quam duabus partibus adhibitis. » — Fr. 3, D., *quod cujuscunque univ. nomine* 3. 4. — L. 46, C., *de decur.* 10, 31.

[23] Fr. 85, D. *de verb. signif.* 50, 16. « Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est. » — Fr. 7, § 2, D., *quod cujusc. univ. nom.* 3, 4. « In decurionibus, vel aliis universitatibus nihil refert, utrum omnes idem maneant, an pars maneat, vel omnes immutati sint. Sed si universitas ad unum redit, magis admittitur, posse eum et convenire et conveniri : cum jus omnium in unum reciderit, et stet nomen universitatis. »

tandis que l'administration est confiée à une commission. Il faut toujours une autorité ou une personne quelconque pour représenter la corporation dans ses relations extérieures [24].

La corporation subsiste tant que les conditions essentielles requises pour son existence se trouvent réunies. Elle cesse, dès que l'une d'elles vient à manquer. Il est évident que la corporation est dissoute, lorsque l'État lui retire l'autorisation et la prive ainsi de sa personnalité [25]. Mais, abstraction faite de ce cas, il est difficile de donner des règles précises sur la dissolution des corporations. Les communautés qui n'ont pas de rapports politiques avec l'État peuvent en général se dissoudre par un décret valable de l'assemblée des membres. Enfin si le but d'une corporation se rapporte exclusivement aux intérêts personnels de ceux qui la composent, elle sera éteinte quand il n'en restera plus de membres [26].

§ 108.

Par cela même que la corporation a la qualité de personne, elle a la faculté d'*avoir des droits*. Pour acquérir des droits, il faut ordinairement un acte d'acquisition; pareil acte ne peut être posé par la corporation, puisqu'il suppose nécessairement un être pensant et ayant une volonté, et que les personnes civiles ne sont qu'une abstraction, une fiction. Les corporations

[24] Cela est nécessaire pour que la corporation puisse faire des actes d'acquisition et s'obliger vis-à-vis des tiers; mais l'existence de pareils représentants (syndics, curateurs, etc.) n'est point un élément essentiel de la personne civile. *V.* ci-après livre V, sur l'hérédité jacente.

[25] *Voyez* les passages cités à la note 19 et Fr. 21, D., *quib. mod. usufr. amitt.* 7, 4. « Si ususfructus civitati legetur et aratrum in eam inducatur, *civitas esse desinit,* ut passa est Carthago : ideoque quasi morte desinit habere usumfructum. » C'est probablement de ce cas qu'entend parler Gaius au Fr. 56, D., *de usufr.* 7, 1. « Quia neque morte, nec *facile capitis deminutione* periturus est (ususfructus municipibus relictus) ».

[26] « De ce qu'une corporation peut être continuée par *un seul membre* (*v.* note 23), quelques auteurs concluent à tort que la corporation cesse nécessairement d'exister par suite de la mort de *tous* ses membres. Cette opinion doit être rejetée dans tous les cas où le but de la corporation est de sa nature perpétuel et d'intérêt public. Si, par exemple, les membres d'un corps de métier étaient *tous* subitement emportés par une épidémie, on aurait grandement tort de considérer la communauté comme éteinte et ses biens comme étant sans maître ou tombés dans le domaine public. » M. DE SAVIGNY, *System des heut. R. R.,* t. II, § 89 (page 280).

sont donc par elles-mêmes *incapables de faire des actes d'acquisition* [27]. Mais rien ne s'oppose à ce qu'elles acquièrent par représentants, de même que les pupilles, incapables d'agir, acquièrent par l'entremise de leur tuteur.

La corporation donc peut acquérir et avoir des droits, tant des droits réels que des droits d'obligation, et c'est en sa qualité de personne civile qu'elle les possède et les exerce. Les biens dont elle a *la propriété* n'appartiennent pas aux membres, mais à l'être fictif qui constitue la personne civile [28]. Toutefois les membres formant actuellement la communauté peuvent avoir la jouissance des biens de celle-ci, par exemple, l'usage de pâturages communaux. Dans ce cas on appelle ces biens *res universitatis* par excellence, en opposition à ceux dont la jouissance n'est pas accordée aux membres, mais réservée à la communauté comme telle, *patrimonium universitatis* [29]. Les *droits d'obligation* appartiennent à la communauté comme telle, et non point aux membres qui se trouvent en faire partie. Il en est de même des *obligations* qui sont *à la charge de la communauté;* les membres n'en sont point tenus personnellement [30]. La communauté peut également aliéner les droits qu'elle a acquis; mais sous ce rapport les personnes civiles sont généralement soumises à des lois restrictives qui présentent plus ou moins d'analogie avec les restrictions imposées à la faculté d'agir des impubères et des mineurs [31].

[27] Il ne faut pas perdre de vue qu'on acquiert quelquefois sans faire un *acte* d'acquisition. *V.* § 94, n° 3, et ci-après livre V sur *l'hérédité jacente.*

[28] Fr. 6, § 1, D., *de divis. rer.* 1, 8. « *Universitatis* sunt, *non singulorum,* veluti, quæ in civitatibus sunt, theatra..., et si qua alia sunt communia civitatum. Ideoque nec servus communis civitatis singulorum pro parte intelligitur, sed universitatis. » — Ce principe est encore reconnu dans les cas suivants : Dans les instructions criminelles le témoignage d'un esclave n'est point admis contre son maître ; or les esclaves d'un municipe peuvent témoigner contre l'habitant du municipe. — Les affranchis d'un municipe ont pour patron le municipe, et non point les habitants de la ville. *Voy.* le Fr. 6, § 1, D., cité, ainsi que Fr. 1. 2. 3, D., *de manumiss. quæ servis.* 40, 3. — Fr. un. D., *de libertis univ.* 38, 3. — Fr. 10, § 4, D., *de in jus voc.* 2, 4. — Fr. 25, § 2, D., *de acquir. hered.* 29, 2. — Fr. 1, § 7, D., *de quæst.* 48, 18.

[29] Ces termes techniques sont modernes, mais la distinction se trouve dans le droit romain.

[30] Fr. 7, § 1, D., *quod cujuscunq. univ.* 3, 4. « Si quid universitati debetur, singulis non debetur, nec, quod debet universitas, singuli debent. » — *Voy.* encore Fr. 2, D., *eod.* — Fr. 1, § 15, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1.

[31] Nous en parlerons aux endroits convenables.

On a cherché à déterminer la différence fondamentale entre la corporation et la société ordinaire. Ces institutions présentent toutes deux une réunion d'hommes poursuivant un but commun. C'est dans ce *but* que quelques auteurs ont voulu trouver l'élément de différence, en disant que le but de la communauté est quelque chose de stable, de permanent, tandis que celui de la société ordinaire n'est que momentané ou passager. C'est une erreur : une communauté peut avoir un but passager, une société peut se proposer un but perpétuel. D'autres ont prétendu que la principale différence consiste en ce que, dans une communauté, les membres doivent se soumettre aux décisions de l'assemblée, tandis que dans la société ordinaire, chaque membre reste indépendant. Mais d'abord cette règle n'est pas absolument vraie; car les statuts de la communauté aussi bien que ceux de la société pourraient y déroger; ensuite quand même on pourrait la considérer comme absolue, encore ne serait-elle qu'une suite de la différence qu'on cherche à déterminer, et c'est une pétition de principe que de la donner comme élément fondamental de cette différence. Il en est de même des opinions qui cherchent cet élément dans l'étendue des droits qui sont accordés aux membres, etc.

La seule ressemblance qui existe entre la communauté et la société, c'est qu'elles sont l'une et l'autre composées d'hommes; mais cela n'est point essentiel pour la qualité fondamentale de la communauté, qui est *d'être personne*. Par rapport à cette qualité il n'y a rien de commun entre elle et la société ordinaire. La société est une réunion de plusieurs personnes, qui restent toutes et chacune des personnalités distinctes. La communauté est une personne elle-même, et c'est cette qualité fictive, cette attribution donnée par le pouvoir législatif qui la constituent un être à part. De cette différence fondamentale résultent des différences notables dans les manifestations extérieures des deux institutions. Ainsi, dans la communauté, ce ne sont pas les membres qui ont les droits acquis, mais la communauté elle-même; tandis que, dans la société, chaque membre a sa part déterminée dans les biens ainsi que dans les obligations. Dans la société chacun garde son individualité; de là il suit qu'aucune décision obligatoire ne peut être prise contre le gré d'un seul membre, à moins que tous les membres ne se soient d'avance soumis à une restriction de leur droit individuel. Dans la communauté, au contraire, où l'individualité des personnes qui se trouvent en faire partie n'est pas

un élément constitutif, pareil droit n'appartient point aux membres; les décisions doivent être prises de la manière prescrite par les statuts; et si les statuts n'ordonnent rien à cet égard, il ne reste d'autre moyen rationnel de suppléer à cette lacune, que de laisser à la majorité le soin de décider les questions qui peuvent se présenter. — C'est encore par la même raison, que la société se dissout par la séparation d'un seul membre, tandis que la corporation continue de subsister, tant que ses éléments constitutifs existent, n'y eût-il plus un seul des membres qui l'ont fondée [32].

§ 109. *Des établissements de bienfaisance. Piæ causæ* [33].

Nous trouvons dans nos sources diverses espèces de *piæ causæ*, auxquelles la qualité de *personne* est accordée. De ce nombre sont les églises, les monastères, les hospices d'orphelins, les hôpitaux, etc. Sous la république le culte tenait étroitement à l'organisation politique de l'État, et les frais des cérémonies étaient faits par la république, les tribus, les *gentes*, etc. (§ 10). Cependant nous trouvons déjà d'assez bonne heure des biens appartenant aux *templa* [34], et nous lisons dans Ulpien, que des dispositions législatives avaient accordé la qualité de personne à certaines divinités, en les déclarant capables d'être instituées dans un testament [35]. Il y avait aussi des établissements de bienfaisance, et nous possédons encore l'original d'un acte par lequel l'empereur Trajan fonde un hospice d'orphelins, ou du moins en autorise l'établissement [36]. Toutefois ce ne fut que sous les em-

[32] *Voyez* ci-dessus notes 25 et 26.

[33] Nous comprenons par ce mot divers établissements auxquels les Romains n'ont point donné de nom général. Les modernes les appellent ordinairement *piæ causæ, pia corpora*.

[34] Varron, *de l. l.* VIII (VII), 41 (p. 72 ed. Gothofr.). « *Fanorum* servi. » — Fr. 20, § 1, D., *de annuis legatis* 33, 1. « ... Ceterum datum *templo*. »

[35] Ulpien, XXII, 6. « Deos heredes instituere non possumus, præter eos, quos senatus-consulto, constitutionibus Principum concessum est : sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymæum, sicuti Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, matrem Deorum Sipylensem quæ Smyrnæ colitur, et cœlestem Salinensem Carthaginis. »

[36] Cet acte gravé sur une table d'airain trouvée dans les ruines de Veleja (§ 4, n° 11) contient la liste de plusieurs fonds de terre hypothéqués pour le service d'un hospice d'orphelins. — Un autre monument analogue a été découvert récemment dans le royaume de Naples.

pereurs chrétiens que les églises et les établissements de bienfaisance furent organisés d'une manière régulière, et que ces institutions acquirent une grande importance, que les successeurs de Constantin cherchèrent à étendre au moyen de nombreux priviléges [37].

En examinant les rapports de droit dans lesquels ces établissements peuvent se trouver, il faut surtout se garder de considérer les administrateurs qui sont ordinairement à la tête de l'institution, comme formant une corporation, et de les prendre pour le sujet de la personne juridique [38]. Les administrateurs ne sont que les fonctionnaires de la personne civile; ce qui constitue cette personne, c'est le but pour lequel elle est instituée.

§ 110. *Du fisc.*

Dans les derniers temps de l'empire, on se sert du mot *fiscus* pour désigner l'État considéré comme sujet de droits civils, ou bien le patrimoine de l'État, considéré comme personne civile [39]. Nous avons vu, dans l'introduction (§ 54 et 78), comment le fisc, qui dans le principe ne comprenait que le patrimoine privé de l'empereur, finit par absorber le trésor public, *ærarium*. Il est vrai que l'on distingue encore quelquefois nominativement le trésor de l'État (*ærarium sacrum*) et celui de la couronne (*fiscus*); mais cette distinction est purement administrative. Une autre division, qui est fondée dans la nature des choses, est celle qu'on établit entre le patrimoine de l'État ou de la couronne, *fiscus*, et le patrimoine privé de l'empereur considéré comme individu, *res privata;* car le fisc est une personne civile, tandis que l'empereur par rapport à ses *res privatæ*, est une personne

[37] Nous mentionnerons ces priviléges aux endroits convenables. Par rapport aux églises, nous remarquons les dispositions suivantes : Si un testateur institue héritier Jésus-Christ, il est censé avoir institué l'église de son domicile. Si c'est un archange ou un martyr qui est institué, la libéralité revient à l'église consacrée à ce saint dans le lieu du domicile du testateur, ou à défaut dans la province où il avait son domicile, etc. L. 22, C., *de SS. eccles.* 1, 2. Au reste cette constitution n'est pas glosée.

[38] Ainsi déjà dans l'antiquité les corporations des prêtres étaient distinctes des *templa* et *fana*.

[39] Le mot *fiscus* désigne originairement un cabas, dont on se servait pour recueillir les fruits. « *Fiscos*..., quibus ad premendam oleam utimur. » Fr. 19, § 2, D., *locati cond.* 19, 2. — On employait également ces cabas pour faire des envois d'argent.

physique comme tout autre particulier. Toutefois il est à remarquer, qu'il dépendait du bon plaisir de chaque empereur de maintenir ou d'abolir cette distinction qui n'avait aucune importance pratique, puisque le même fonctionnaire, le *comes rei privatæ,* administrait à la fois le patrimoine privé du prince et une grande partie des biens de la couronne [40]. Au reste déjà sous Alexandre Sévère, on attribuait à la cassette de l'empereur et même de l'impératrice les mêmes priviléges qu'au fisc [41].

Nous indiquerons aux endroits convenables les nombreux priviléges dont le fisc jouissait par rapport au droit privé. Nous devons cependant mentionner ici une règle de droit, qu'on a souvent mal interprétée, en disant que dans le doute il faut prononcer contre le fisc, *in dubio contra fiscum.* L'application générale et absolue de cette règle, surtout aux questions de fait qui pourraient paraitre douteuses dans un procès, constituerait souvent une violation ouverte du droit. Il est vrai que ces mots se trouvent dans un fragment du jurisconsulte Modestin [42]; mais le mot « *respondere,* » que nous y lisons, suffit pour prouver que Modestin a voulu simplement guider les jurisconsultes appelés à donner un avis de droit. Dans pareil cas, dit-il, on ne doit attribuer de priviléges au fisc, que pour autant que la loi les lui accorde *expressément;* quand cela n'est pas, en d'autres termes, quand il y a doute, il faut les lui refuser. Pris dans ce sens, le passage cité ne fait autre chose qu'appliquer au fisc la règle générale, qu'on ne doit point étendre les *jura singularia.*

[40] *Voyez* ci-dessus § 78.

[41] Fr. 6, § 1, *de jure fisci* 49, 14. « Quodcunque privilegii fisco competit, hoc idem et Cæsaris ratio et Augustæ habere solet. »

[42] Fr. 10, D., *de jure fisci* 49, 14. « Non puto delinquere eum, qui in dubiis quæstionibus contra fiscum facile responderit. »

TITRE TROISIÈME.

DES CHOSES.

NOTION. — RES IN COMMERCIO. RES EXTRA COMMERCIUM.

§ 111.

Dans le langage ordinaire on appelle *chose* tout objet matériel hors l'homme. En droit, le mot *chose, res,* a une signification plus étendue; il comprend non-seulement les objets matériels, mais encore les actions de l'homme, et en général tout ce qui peut être *objet de droit.* (Voyez p. 195, n° 1.)

Cette idée a encore subi des modifications dans la législation romaine. De même que l'idée de *persona,* elle a été étendue et restreinte. La loi l'a étendue, en déclarant *choses* les *esclaves,* qui, en cette qualité, sont la propriété de leurs maîtres [1]. Elle l'a restreinte, en statuant qu'on ne peut avoir de droit sur certains objets qui, d'après l'idée originaire, entreraient dans la catégorie des choses. On appelle ces objets *res extra commercium* [2].

Sont *hors du commerce :*

1° Les choses que la nature semble avoir destinées à l'usage de tout le monde, et que, par ce motif, les Romains appellent *communia omnium,* telles que l'air, l'eau courante, la mer et par suite les rivages de la mer [3].

[1] Gaius, II, 13. (Fr. 1, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8.) « *Corporales* (res) hæ sunt, quæ tangi possunt, veluti fundus, *homo,* vestis... » — § 22, I., *de legatis* 2, 20. « Si generaliter servus, vel *alia res* legetur... — *Voyez* au reste livre IV, titre II. — Gaius va plus loin encore au Fr. 9, D., *de usurp.* 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime *res corporales,* exceptis rebus sacris... item *liberis hominibus.* »

[2] En parlant de ces choses, les Romains disent *res, cujus commercium non est.* § 4, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 6, pr. D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 39, § 10, D., *de legat.* I, (30). — La division que nous donnons est indiquée dans Gaius, II, 2 et pr. I., *de rer. div.* 2, 1. « (Res), quæ vel in patrimonio nostro sunt, vel extra nostrum patrimonium habentur. »

[3] § 1, I., *de rer. div.* 1, 2. « Et quidem naturali jure *communia* sunt *omnium*

2° Les choses destinées à l'usage de tous les membres de la république, *res publicæ*. Les Romains comprennent sous cette dénomination les fleuves, les ports, et les rives des fleuves pour autant qu'elles sont nécessaires à la navigation, les grandes routes [4].

3° Les choses destinées à l'usage des membres d'une commune, les théâtres, les arènes, etc., *universitatis res, res civitatum* [5].

4° Enfin une catégorie de choses qu'on appelle *res divini juris* en opposition à toutes les autres choses, dans le commerce ou hors du commerce, et que sous ce rapport on désigne par le nom de *res humani juris* [6]. Les Romains subdivisent les *res divini juris* en *res sacræ*, choses solennellement consacrées aux dieux par les pontifes, ou plus tard en général les choses consacrées au culte

hæc : aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris. Nemo igitur ad litus maris accedere prohibetur, dum tamen villis et monumentis et ædificiis abstineat, quia non sunt juris gentium, sicut et mare. — Fr. 2. 3. 4, pr. 5, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. — *Voyez* cependant ci-après note 11. — Sur la signification du mot *litus v.* § 3, I., *de rer. divis.* 1, 2. — Fr. 96, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16 comparé avec Fr. 112, D., *eod.*, et Cic., *Top.*, 7 in f. — Le long de leur territoire les Romains considéraient les rivages de la mer comme appartenant à la république. « Litora, in quæ populus Romanus imperium habet, populi Romani sunt. » Fr. 3, pr. D., *ne quid in loco publ. fiat.* 43, 8.

[4] § 2, I., *de rer. div.* 2, 1. « Flumina autem omnia, et portus publica sunt; ideoque jus piscandi omnibus commune est in portu fluminibusque. » § 4, I., *eod.* « Riparum quoque usus publicus est juris gentium; sicut ipsius fluminis; itaque navem ad eas applicare, funes ex arboribus ibi natis religare, onus aliquid in his reponere cuilibet liberum est, sicuti per ipsum flumen navigare. » —Fr. 1, § 5, D., *de flumin.* 43, 12. « *Ripa* autem ita recte definitur : id, quod flumen continet, naturalem rigorem cursus sui tenens. » —Fr. 1, § 3, D., *de flumin.* 43, 12. « Fluminum quædam publica sunt, quædam non; *publicum flumen* esse Cassius definit, quod perenne sit. » —Fr. 2, § 22, D., *ne quid in loco publico* 43, 8. « Viarum quædam *publicæ* sunt, quædam privatæ, quædam vicinales. *Publicas* vias dicimus, quas Græci βασιλικάς, nostri prætorias, alii consulares vias appellant. *Privatæ* sunt, quas agrarias quidem dicunt. *Vicinales* sunt viæ, quæ in vicis sunt, vel quæ in vicos ducunt. Has quoque publicas esse quidam dicunt : quod ita verum est, si non ex collatione privatorum hoc iter constitutum est. » — *Voyez* encore Fr. 4. 5, D., *de div. rer.* 1, 8, et la fin de la note précédente.

[5] § 6, I., *de rer. div.* 2, 1. « *Universitatis* sunt, non singulorum, veluti quæ in civitatibus sunt, ut theatra, stadia, et similia et si qua alia sunt communia civitatum. — Fr. 6, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. — Abusivement ces choses sont aussi appelées *publiques*, comme appartenant à une corporation publique. Fr. 15. 16. 17, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16.

[6] Gaius, II, 2. — Fr. 1, pr. D., *de div. rer.* 1, 8.

divin [7], *res religiosæ*, les lieux rendus sacrés par l'enterrement d'un mort [8], *res sanctæ*, certaines choses considérées comme inviolables, par exemple les murs et les portes des villes [9].

Ce qui fait qu'un objet est placé hors du commerce, n'est point une qualité absolue, inhérente à l'objet, mais quelque chose de relatif, savoir l'usage auquel l'objet est actuellement destiné. Ainsi la mer est une chose commune à tous; mais le seau d'eau que j'en tire, devient ma propriété : et même à l'égard de l'air, le droit romain admet une espèce de propriété, du moins pour la colonne d'air qui se trouve au-dessus de mon fonds [10]. Par la même raison, quoique les bords de la mer soient chose commune, un particulier peut y établir sa demeure et son industrie [11]. Cette considération est surtout d'une grande importance pour les choses appelées *res publicæ* et *universitatis*, qui sont

[7] GAIUS, II, 4. « *Sacræ* sunt, quæ *Diis superis* consecratæ sunt... 5. Sed sacrum — auctoritate — lege de ea re lata aut senatusconsulto facto. » — § 8, I., *de rer. div.* 2, 1. « Sacra sunt, quæ rite et per pontifices Deo consecratæ sunt, veluti ædes sacræ, et dona, quæ rite ad ministerium Dei dedicata sunt. » — Fr. 6, § 3, D., *de div. rer.* 1, 8. « Sacræ autem res sunt hæc quæ *publice* consecratæ sunt, non privatæ. Si quis ergo privatim sibi sacrum constituerit, *sacrum* non est, sed *profanum*. »

[8] GAIUS, II, 4. « ... *Religiosæ*, quæ *Diis Manibus* relictæ sunt. » — § 9, I., *de rer. div.* 2, 1. « *Religiosum* locum unusquisque sua voluntate facit, dum mortuum infert in locum suum... » — *Voyez* encore GAIUS, II, 6. 7 et en général le Tit., D., *de religiosis* 11, 7 et le Tit., C., *eod.* 3, 44.

[9] § 10, I., *de rer. div*, 2, 1. (GAIUS, II, 8.) « *Sanctæ* quoque res, veluti muri et portæ, quodammodo divini juris sunt, et ideo nullius in bonis sunt. Ideo autem muros sanctos dicimus, quia pœna capitis constituta sit in eos, qui aliquid in muros deliquerint. Ideo et legum eas partes, quibus pœnas constituimus adversus eos, qui contra leges fecerint, sanctiones vocamus. » — Fr. 8. 9. 11, D., *de div. rer.* 1, 8. — Fr. 2, D., *ne quid in loco sacro fiat* 43, 6. « In muris, itemque portis, et *aliis sanctis locis* aliquid facere, ex quo damnum aut incommodum irrogetur, non permittitur. » — Au reste la terminologie romaine en fait de *res divini juris* n'est pas bien constante. *Voy.* FESTUS, V, *religiosus*. — MACROBE, *Saturn.* III, 3. — GAIUS dans le *Brev. Alar.*, II, 1, 1. — ISIDORE, *Orig.*, XV, 4.

[10] Fr. 22, § 4, D., *quod vi aut clam.* 43, 24. « Si quis projectum aut stillicidium in sepulcrum immiserit : etiam si ipsum monumentum non tangeret, recte cum eo agi, quod in sepulcro vi aut clam factum sit, quia sepulcri sit non solum is locus, qui recipiat humationem, sed omne etiam supra id cœlum. » — Fr. 2 in f. D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 29, § 1, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2.

[11] *Voyez* les § 1. 5, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 5, § 1, D., *de div. rer.* 1, 8. « In mare piscantibus liberum est, casam in litore ponere, qua se recipiunt. » — Fr. 10, D., *eod.* « Aristo ait : sicut id, quod in mare ædificatum sit, fieret pri-

susceptibles de la propriété privée, dès qu'elles cessent d'être destinées à un usage public [12]. L'exemple le plus frappant d'un pareil changement nous est fourni par le *domaine public romain,* qui finit par devenir propriété privée soit par des ventes et des assignations, soit même par usurpation des particuliers [13]. A l'égard des *res divini juris,* nous trouvons également dans nos sources, que les *res sacræ* peuvent, dans certains cas, rentrer dans le commerce [14], qu'un endroit n'est plus *religieux,* quand le corps enterré en est enlevé [15], et il parait évident qu'une chose doit cesser d'être *sancta* quand elle ne se trouve plus dans les conditions qui lui donnaient cette qualité.

Observation. Les choses mentionnées sous les numéros 1 et 4 sont appelées *res nullius,* comme n'appartenant et ne pouvant appartenir à personne. Telle est en effet la nature des *res communes* et des *res divini juris,* tandis que les *res publicæ* et *universitatis,* quoique soustraites au commerce, sont censées appartenir à l'État et aux communes, considérés comme corps politiques [16]. Mais on se sert également du mot *res nullius* pour désigner les choses qui, sans être hors du commerce, n'ont point de maitre pour le moment, soit qu'elles n'en aient jamais eu, soit que l'ancien maitre les ait abandonnées, *res derelictæ* [17]. Ces *res nullius*

vatum, ita quod mari occupatum sit, fieri publicum.—§ 4, I., *de rer. div.* 2, 1. « Riparum quoque *usus publicus* est juris gentium, sicut ipsius fluminis... Sed proprietas earum illorum est quorum prædiis adhærent ; qua de causa arbores quoque in hisdem natæ eorundem sunt. »

[12] Aussi toutes les choses appartenant à une corporation politique ne sont-elles point hors du commerce ; ce n'est que l'usage public auquel elles sont destinées qui les rend impropres à devenir objet de la propriété privée.

[13] Voyez ci-dessus § 34, notes 71. 73.

[14] § 8, I., *de rer. divis.* 2, 1. « ... Quæ (sacra) etiam per nostram constitutionem alienari et obligari prohibuimus, excepta causa redemtionis captivorum. » — L. 21, C., *de SS. Eccles.* 1, 2. — *Nov.* 7, c. 8. — *Nov.* 120, c. 10. — Voyez cependant Fr. 6, § 3, D., *de divis. rer.* 1, 8. « ... Semel autem æde sacra facta, etiam diruto ædificio, locus sacer manet » et § 8 in f. I., *cité.*

[15] Fr. 44, § 1, D., *de relig.* 11, 7. « Cum autem impetratur, ut reliquiæ transferantur, desinit locus religiosus esse. » — L. 1. 14, C., *eod.* 3, 44.

[16] Fr. 9, D., *de usurp.* 41, 3. « Usucapionem recipiunt maxime res corporales, exceptis rebus sacris, sanctis, publicis *populi Romani et civitatum,* item liberis hominibus. » —Fr. 15, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Bona civitatis abusive publica dicta sunt ; sola enim ea publica sunt, quæ populi Romani sunt. » — Fr. 16, D., *eod.* « ... Nam *publica* appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit ; civitates enim *privatorum* loco habentur. »

[17] § 12. 13. 18, I., *de rer. div. et acquir. ear. dom.* 2, 1. — Fr. 2, pr. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1.

peuvent être acquises; elles deviennent la propriété de celui qui s'en empare le premier. (Voyez ci-après, livre II, titre I.)

DIVISION DES CHOSES [18].

§ 112. *Choses corporelles.* — *Choses incorporelles.*

A proprement parler, toute chose est *corporelle,* tombe sous les sens extérieurs; mais l'idée du mot *chose* étant plus étendue dans le langage de droit, les Romains ont appelé *choses incorporelles* tous les objets de droit qui ne sont pas matériels (§ 111), ou, comme dit Justinien : CORPORALES *hæ sunt, quæ sui natura tangi possunt,* INCORPORALES *autem sunt, quæ tangi non possunt* [19]. D'après cette définition, aucun droit ne pourra certes être rangé parmi les choses corporelles [20]; mais on confond aisément le droit avec ce qui en fait l'objet, par la raison toute naturelle que ce dernier n'a d'importance sous le point de vue juridique que pour autant qu'un droit s'y rattache. Or, parmi les droits il en est un qui ne s'applique qu'aux *choses corporelles, quæ tangi possunt.* C'est le droit de *propriété,* qui se confond d'autant plus facilement avec la chose qui en est l'objet, qu'il l'embrasse *tout entière.* Aussi depuis les temps les plus reculés, pour indiquer qu'on avait le droit de propriété sur une chose, on disait : *hæc res* MEA *est* [21]. De là vient qu'on oppose souvent le *droit de propriété* comme *chose corporelle* aux *autres droits, choses incorporelles* [22]. Au reste cette distinction n'a point d'importance majeure;

[18] Dans cette introduction, qui ne contient que des notions générales, nous ne pouvons expliquer que les divisions qui ont un intérêt général, sauf à indiquer les autres quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent. Ainsi nous parlerons de la grande division des choses en *res mancipi* et *res nec mancipi* au titre *de la propriété,* parce qu'elle n'a d'importance que par rapport à l'acquisition de ce droit.

[19] Tit. I., *de rebus corporalibus et incorporalibus* 2, 2. (GAIUS, II, 12. 13.) — Fr. 1, § 1, D., *de divis. rerum* 1, 8.

[20] C'est ce que Justinien dit lui-même au § 2, I., *h. t.* « Incorporales autem sunt quæ tangi non possunt. Qualia sunt ea, quæ *in jure consistunt :* sicut hereditas, ususfructus, obligationes quoquo modo contractæ. » Le raisonnement qui suit : « Nec ad rem pertinet, quod in hereditate res corporales continentur :... nam ipsum *jus* hereditatis... incorporale est, » s'applique aussi bien au droit de propriété qu'au *jus hereditatis.* — Voyez au reste encore CIC., *Topica* 5. *verb.* Definitionum autem duo sunt genera...

[21] Voyez ci-après livre II, titres I et II.

[22] *Vat. fragm.* 92. « ... Sicut *corpora* vindicanti, ita et *jus,* satisdari opor-

seulement l'emploi de ces termes nous permet quelquefois d'éviter des circonlocutions quand il s'agit de distinguer entre le droit de propriété, et tout autre droit quelconque. Sous ce point de vue le mot *res incorporalis* peut donc comprendre les droits personnels, les droits d'obligations et tous les droits réels, à l'exception du droit de propriété [23].

§ 113. *Meubles. — Immeubles.*

Par *immeuble* on entend toute partie du sol. Mais on considère également comme immeuble, comme faisant partie du sol :

1° Tout ce qui se trouve naturellement, c'est-à-dire sans le fait de l'homme, au-dessous du sol, par exemple les couches de terre ou de minerai qui se trouvent sous un terrain, les houilles, les métaux, etc. [24].

2° Tout ce qui est uni ou incorporé au sol, soit d'une manière organique, par exemple les arbres, les plantes [25], soit d'une manière artificielle, par exemple les maisons et autres constructions, ainsi que tout ce qui est fixé à perpétuelle demeure, *vincta fixaque* [26].

3° Enfin ce qui est attaché à un fonds pour le service et l'exploitation de ce fonds [27].

tet. » — Fr. 8, pr. D., *quib. mod. pign. solv.* 20, 6. « Sicut *re corporali* extincta, ita et *usufructu* extincto, pignus hypothecave perit. » — Fr. 3, pr. D., *de bonor. poss.* 37, 1. « Bona... sive in *corporibus* sunt, sive in *actionibus.* » — Fr. 13, § 1, D., *de damno infecto* 39, 2. « Sive *corporis dominus,* sive is qui *jus habet,* utputa servitutem... »

[23] Ulpien, XIX, 11, énumère même parmi les *res incorporales* la tutelle des ascendants, *tutela legitima.*

[24] Voy. ci-après note 28.

[25] Fr. 44, D., *de rei vindic.* 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. »

[26] Fr. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica *villæ* dicuntur. » — Fr. 13, § 31, Fr. 14. 15. 17. 38, § 2, D., *de actionibus emti venditi* 19, 1.

[27] Fr. 17, pr. D., *de act. emti vend.* 19, 1. — Fr. 17, § 2, D., *eod.* « Fundo vendito vel legato, sterculinum et stramenta emtoris et legatarii sunt : ligna autem, venditoris vel heredis, quia non sunt fundi, tametsi ad eam rem comparata sunt. In sterculino autem distinctio Trebatii probanda est : ut, si quidem stercorandi agri causa comparatum sit, emtorem sequatur : si vendendi, venditorem : nisi si aliud actum est. Nec interest, in stabulo jaceat, an acervus sit. § 11. Pali, qui vineæ causa parati sunt, antequam collocentur, fundi non

Au reste, tous les objets compris dans ces trois catégories cessent d'être choses immobilières dès le moment que la cause qui leur conférait cette qualité vient à cesser. Ainsi les pierres, les métaux, les arbres séparés du fonds sont choses mobilières; les objets attachés à un fonds, même à perpétuelle demeure, cessent d'être considérés comme immobiliers dès qu'ils en sont détachés [28]. Les Romains les appellent alors *ruta et cæsa, ruta cæsa.*

Tout ce qui n'est pas immeuble est *chose mobilière.* Parmi les choses mobilières on distingue encore, sans nécessité, les *res mobiles* et les *res moventes* ou *sese moventes* [29].

Observation 1. La division en meubles et immeubles ne s'applique en droit romain qu'aux objets matériels [30]. Les modernes l'ont étendue aux droits, en donnant le nom de *choses immobilières* aux droits réels qui se rapportent à des immeubles, et en considérant comme *choses mobilières* les droits réels qui s'attachent à des meubles, ainsi que tous les autres droits quelconques.

Observation 2. Il n'est pas inutile de faire connaître la signification habituelle des termes que les Romains emploient pour désigner les différentes parties du sol, ainsi que les accessoires du sol [31]. *Fundus* ou *prædium* signifie en général tout bien-fonds;

sunt, sed qui exemti sunt hac mente, ut collocentur, fundi sunt. » — Fr. 18, § 1, D., *eod.* — Fr. 242, § 4, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[28] Fr. 241, D., *de verb. signif.* 50, 16. « In *rutis cæsis* ea sunt, quæ terra non tenentur, quæque opere structili tectoriove non tenentur. » — Fr. 17, § 6, D., *de act. emti vend.* 19, 1. « Si *ruta et cæsa* excipiantur in venditione, ea placuit esse *ruta*, quæ eruta sunt, ut arena, creta et similia; *cæsa* ea esse, ut arbores cæsas et carbones et his similia. «

[29] Voy. *Vat. fragm.* 293. — Fr. 1, pr. D., *de Ædil. ed.* 21, 1. — L. 2, pr. 3, C., *de quadriennii præscript.* 7, 37. — Souvent aussi les mots *res moventes, moventia* sont employés comme synonymes de *res mobiles.*

[30] Fr. 15, § 2, D., *de re judicata* 42, 1. « In venditione itaque pignorum captorum facienda, primo quidem *res mobiles*... pignori capi jubent, mox distrahi;... si non suffecerit, etiam *soli* pignora capi jubent et distrahi;... quod si nec quæ soli sunt sufficiant vel nulla sint soli pignora, tunc pervenietur etiam ad *jura.* » — L. un. § 7, C., *de rei uxor. act.* 5, 13. « ... In rebus mobilibus, vel se moventibus, vel incorporalibus : ceteris videlicet rebus, quæ solo continentur... » — L. 2, pr. 3, C., *de quadrienn. præscr.* 7, 37.

[31] Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les termes dont se servent les jurisconsultes romains n'ont pas toujours la signification absolue et exclusive que nous avons l'habitude de leur donner quand nous les employons comme termes techniques. Très-souvent dans un cas donné le sens d'un mot

mais anciennement on n'entendait par là que le sol lui-même, sans bâtiments [32]. *Ager* est un immeuble destiné à la culture. Le mot *ædes* comprend ordinairement les bâtiments avec le terrain sur lequel ils sont élevés; mais quelquefois il désigne les bâtiments, abstraction faite du terrain; cependant le mot *ædificium* est plus usité dans ce sens. Le terrain seul, sans les bâtiments, s'appelle *solum* [33]. Par *prædium rusticum* on entend ordinairement un immeuble destiné à la culture, et par *prædium urbanum*, un fonds couvert de bâtiments, peu importe que les fonds soient situés en ville ou à la campagne. (Voyez ci-après, livre II, titre II.)

§ 114. *Choses fongibles. — Choses non fongibles.*

Il y a des choses qui sont d'un genre si homogène que tout individu de l'espèce équivaut à tout autre individu de la même espèce. Ainsi un franc est par tout le monde considéré comme l'équivalent de toute autre pièce d'un franc; un hectolitre de froment d'une certaine qualité est l'équivalent d'un autre hectolitre de froment de la même qualité.

Par contre, d'autres choses ont une valeur déterminée par leur individualité. Un cheval n'est point l'équivalent de tout autre cheval; une maison peut avoir une valeur beaucoup plus grande qu'une autre.

Pour les choses dont nous avons parlé en premier lieu, il est en général indifférent qu'on en ait tels ou tels individus, pourvu qu'ils appartiennent à la même espèce. C'est pour cela que les commentateurs leur ont donné le nom de * *res fungibiles* *, choses dont l'une peut représenter l'autre. Les Romains disent *res quæ*

est déterminé par le terme auquel on l'oppose. Nous en avons déjà vu des exemples aux §§ 100 et 102. OBS.

[32] CICÉRON, *Top.*, 4. « Quoniam usus auctoritas *fundi* biennium est, sit etiam *ædium*. At in lege *ædes* non appellantur, et sunt *ceterarum rerum*, quarum annuus est usus. » — GAIUS, II, 41.

[33] Fr. 211, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Fundi* appellatione omne ædificium et omnis ager continetur; sed in usu urbana ædificia *ædes*, rustica, *villæ* dicuntur. Locus vero sine ædificio in urbe *area*, rure autem *ager* appellatur. Itemque ager cum ædificio fundus dicitur. » — Voy. aussi le Fr. 115, D., *eod.* — Fr. 21, D., *de pignor. act.* 13, 7. « Domo pignori data et *area* ejus tenebitur; est enim pars ejus : et contra, jus *soli* sequitur ædificium. » — Cependant souvent *solum* est synonyme de *fundus* en général. Fr. 17, § 2, D., *de re judic.* 42, 1 (voyez note 30), et Fr. § 3, D., *unde vi* 43, 16.

pondere, numero, mensura constant. La deuxième catégorie a reçu le nom de * *res non fungibiles* * [34].

Au reste ces idées sont relatives; il se peut qu'un objet soit, dans un cas donné, chose non fongible, tandis qu'il serait chose fongible dans tout autre cas, par exemple : un livre dont l'auteur m'aurait fait hommage, une médaille, etc. [35].

On a appliqué notre division aux travaux de l'homme considérés comme objets d'un droit d'obligation. En effet il en est qui ont une valeur toute particulière par l'individualité de l'homme qui les exécute, par exemple le travail d'un peintre, d'un sculpteur. On les considère comme choses non fongibles, tandis qu'on appelle fongibles ceux dont la valeur ne dépend point de l'individualité de l'exécutant, par exemple le travail d'un journalier.

Observation. On ne doit pas confondre les choses *qui se consomment par l'usage*, avec les *choses fongibles*, quoique, à la vérité, la plupart des choses fongibles, et particulièrement l'argent monnayé, se consomment par l'usage [36].

§ 115. *Choses divisibles. — Choses indivisibles.*

On appelle chose divisible celle qui peut être divisée en plusieurs parties dont chacune forme un ensemble homogène et analogue, tant aux autres parties, qu'à la chose elle-même. Toute autre chose est indivisible dans le sens légal. Ainsi un fonds de terre est divisible, une maison ne l'est pas; une somme d'argent est divisible, une pièce d'argent, indivisible [37].

[34] C'est un passage de Paul qui a donné naissance au mot * *fungibilis*. Fr. 2, § 1, D., *de rebus creditis* 12, 1. « Mutui datio consistit in his rebus, *quæ pondere, numero, mensura constant,* quoniam earum datione possumus in creditum ire, quia *in genere suo functionem recipiunt* per solutionem magis quam specie... » Voyez encore Fr. 2, § 3, D., *eod.* — Fr. 30, pr. D., *de leg. I* (30). — Fr. 1, § 7, D., ad *legem Falcid.* 35, 2.

[35] Voyez d'autres applications : Fr. 4, D., *commodati* 13, 6. « Sæpe etiam ad hoc commodantur pecuniæ, ut dicis gratia numerationis loco intercedant. » — Fr. 24, D., *depositi* 16, 3; et ci-après livre III.

[36] Cela est encore vrai à l'égard des choses que les jurisconsultes romains ont l'habitude de prendre pour exemples des choses fongibles : *triticum, vinum, oleum.* Mais il est facile de trouver beaucoup de choses fongibles qui ne se consomment pas par l'usage. Nous verrons plus tard que, sous le rapport juridique, les choses fongibles n'ont rien de commun avec les choses qui se consomment par l'usage.

[37] Le terme romain pour désigner une chose *indivisible* est *individuum;* et l'on appelle *indivisum* une chose qui n'est pas divisée bien qu'elle puisse être

La même distinction a été appliquée aux droits. On les qualifie divisibles ou indivisibles, selon que l'objet auquel ils s'appliquent est divisible ou indivisible [38]. En outre, certains droits qui ont paru aux Romains peu susceptibles d'être divisés, ont été déclarés expressément indivisibles. Tels sont les hypothèques et les servitudes, à l'exception de l'usufruit [39]. Nous aurons plus tard l'occasion de montrer l'utilité pratique de cette distinction.

La divisibilité a surtout de l'importance quand une chose appartient à plusieurs personnes. Cela peut avoir lieu de deux manières : 1° chacune des personnes a son droit sur une partie déterminée de l'objet en question. Alors on dit qu'elles ont la chose *pro diviso,* qu'il y a *partes certæ, partes divisæ* [40]. 2° Aucune des personnes n'a un droit exclusif sur une partie déterminée de la chose, mais elles exercent toutes ensemble leur droit sur la totalité de l'objet, de sorte que l'exercice que l'une en ferait est limité et restreint par le droit des autres. Elles ont la chose *pro indiviso*, il y a *partes indivisæ, incertæ.*

§ 116. *Universitas rerum.*

Un certain nombre de choses peuvent être considérées comme

susceptible de division. Fr. 6, § 1, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Fr. 1, § 9. Fr. 80, § 1, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. — Toutefois ces termes sont quelquefois employés l'un pour l'autre. Fr. 32, § 6, D., *de admin. tutor.* 26, 7 où nous lisons *individua hereditas* au lieu de *indivisa h.*, et Fr. 26, § 2, D., *de leg. I* (30) : « *Res naturaliter indivisæ* » au lieu de « *res individuæ.* » — Voy. encore Fr. 65, D., *de evict.* 21, 5.

[38] Voyez surtout ci-après *Des obligations divisibles*, livre III, titre I.

[39] A). Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2. « ... Propter *indivisam pignoris causam.* » — Fr. 8, § 2, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 19, D., *de pignor.* 20, 1. « Qui pignori plures res accepit, non cogitur unam liberare, nisi accepto universo quantum debeatur. » — L. 6. 16, C., *de distrah. pignor.* 8, 28. — B). Fr. 17, D., *de servitut.* 8, 1. « Viæ, itineris, actus, aquæductus *pars* in obligationem deduci non potest, quia usus eorum *indivisus* est. » — Fr. 25, § 9, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « ... Veluti, si is, qui viam, iter, actum stipulatus erat, decesserit, quia talis stipulatio per legem duodecim tabularum non dividitur, quia nec potest. » — Fr. 1, § 9, D., *ad legem Falcid.* 35, 2. « Si *ususfructus* legatus sit, qui et *dividi potest*, non sicut *ceteræ servitutes individuæ sunt.*

[40] Fr. 25, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Quintus Mucius ait, partis appellatione rem *pro indiviso* significari, nam quod *pro diviso* nostrum sit, id non partem, sed totum esse. Servius non ineleganter *partis* appellatione utrumque significari. » — Fr. 25, D., *quib. modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 36, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 6, § 1, D., *commun. præd.* 8, 4.

ne formant qu'un tout, un ensemble, par exemple : un troupeau, un magasin, une bibliothèque. A la rigueur, on pourrait dire que le droit n'a pas à s'occuper de cette abstraction, que chacune des choses qui forment l'ensemble est une chose par elle-même, et comme telle un objet de droit; que par conséquent une *universitas rerum* se compose réellement de plusieurs choses, dont chacune peut et doit être considérée séparément. C'est en effet ainsi que les Romains comprennent ces *universitates rerum,* surtout quand il s'agit de questions de *propriété,* qui peuvent s'élever à leur égard. Toutefois il est des cas dans lesquels on fait abstraction des individus qui composent l'universitas pour ne tenir compte que de l'ensemble. Cela se fait surtout quand la chose est considérée sous le rapport de *l'usage* qu'on en peut faire [42].—L'application de cette idée aux droits est d'une plus grande importance. Le droit romain comprend souvent plusieurs droits sous un même nom pour indiquer qu'ils forment l'objet d'une seule relation de droit. C'est ce qui arrive particulièrement quand on envisage les droits par rapport à l'individu qui les possède. Ainsi l'on dit *la fortune, le patrimoine* d'une personne, c'est-à-dire, tous les droits qui appartiennent à cette personne, considérés comme un ensemble. Cette idée a été appliquée aux diverses conditions de la vie sociale, notamment aux cas où l'ensemble des droits d'un individu devient l'objet d'une relation

[41] Fr. 5, D., *de stipul. servor.* 45, 3. « Servus communis sic omnium est, non quasi singulorum totus, sed *pro partibus utique indivisis*, ut *intellectu* magis partes habeant quam *corpore.* » —Fr. 66, § 2, D., *de leg. II* (31). « ... Namque plures in uno fundo dominium juris *intellectu,* non *divisione* corporis, obtinent. » —Fr. 25, D., *quib. mod. ususfr. amittat*. 7, 4.

[42] Nous avons dû nous borner ici à faire connaître ces deux manières d'envisager les *universitates rerum,* sauf à donner plus tard des détails sur cette matière dont il est difficile de saisir le principe dominant. Voici au reste quelques passages qui contiennent l'application de l'une et de l'autre manière de voir : § 18, I., *de legatis* 2, 20. « Si *grex* legatus fuerit, posteaque ad *unam ovem* pervenerit, quod superfuerit vindicari potest;... est enim gregis unum corpus ex distantibus capitibus, sicut ædium unum corpus est ex cohærentibus lapidibus. » Fr. 30, § 2, D., *de usurp.* 41, 3. « ... Non *universi gregis* ulla est usucapio, sed singulorum animalium sicuti possessio, ita et usucapio. » — Par contre, Fr. 31. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4 : « Cum gregis ususfructus legatus est, et *usque eo* numerus pervenit gregis, ut *grex non intelligatur,* perit ususfructus. » Fr. 10, § 8, D., *eod.* « *Quadrigæ* usufructu legato, si unus ex equis decesserit, an extinguatur ususfructus quæritur. Ego puto, multum interesse, equorum an quadrigæ ususfructus sit legatus; nam si equorum, supererit in residuis, si quadrigæ, non remanebit, quoniam quadriga esse desiit. »

juridique entre différentes personnes. Ainsi quand, après la mort d'un homme, il s'agit de savoir à qui ses biens seront transférés, on les regarde comme une *universitas,* appelée *succession* (*hereditas*). De même les biens qu'une femme apporte en mariage et dont elle peut demander restitution après la dissolution du mariage, sont compris dans la dénomination générale de *dot* (*dos*). Enfin on appelle *peculium* la totalité des biens qu'un esclave ou un fils de famille peut avoir par lui-même, abstraction faite de la puissance du père de famille [43].

Les commentateurs désignent ordinairement cette dernière catégorie par le nom d'*universitates juris,* en opposition à celles qu'ils appellent *universitates facti, s. hominis.* Nous devons mentionner cette terminologie parce qu'on la met en rapport avec une règle de droit, qu'on a l'habitude de formuler dans les termes suivants : *res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.* D'après plusieurs auteurs, cette règle s'appliquerait aux *universitates juris* et non aux *universitates facti.* En d'autres termes : si une chose de l'*universitas juris* était vendue, le prix de cette chose ferait partie de l'*universitas* et prendrait ainsi les lieu et place de la chose qui en serait distraite; si au contraire on achetait une chose avec de l'argênt de l'*universitas,* cet argent cesserait d'en faire partie, mais par compensation la chose achetée y entrerait. Ces effets, d'après les mêmes auteurs, n'auraient point lieu dans les *universitates facti.* La règle posée en ces termes est entièrement fausse, comme nous le prouverons ci-après par plus d'un exemple. Ici il suffit de faire observer 1° qu'elle ne souffre point d'application dans deux espèces d'*universitates juris,* savoir dans le *pécule* et dans la *dot,* et qu'elle ne s'applique à l'*hérédité* qu'avec certaines restrictions; 2° qu'il y a des cas où une *universitas facti* est soumise à la règle, par exemple quand un fonds de boutique est donné en hypothèque [44].

[43] Voyez ci-après livre V, *droit héréditaire,* et livre IV, *droit de famille.*

[44] Fr. 34, D., *de pignor.* 20, 1. « Cum *tabernam* debitor creditori pignori dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces per tempora distraxerit, et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit, et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatæ sint, et res aliæ illatæ? Respondit *ea quæ* mortis tempore debitoris *in taberna inventa sunt,* pignori obligata esse videntur. »

§ 117. *Choses principales.* — *Choses accessoires.*

On appelle *choses principales* celles dont l'existence et la nature sont déterminées par elles seules. *Choses accessoires* sont celles dont l'existence et la nature sont déterminées par une autre chose dont elles dépendent; par exemple, les portes d'une maison, les voiles d'un navire, etc. [45]. Il en est de même des objets mobiliers que l'on considère comme immeubles parce qu'ils sont unis à un immeuble, ou y attachés pour le service et l'exploitation de cet immeuble [46]. Et par le même motif si des choses mobilières se trouvent dans un rapport analogue à une autre chose mobilière, on les considère comme l'accessoire de cette dernière. Ainsi une pierre peut être l'accessoire d'une bague [47].

Dans un sens plus étendu, le mot *accessio* comprend encore les *fruits* qu'une chose produit, et les *impenses* qui ont été faites pour la chose. Dans cette acception, le mot *accessio* est synonyme de *causa rei* [48].

Par *fruits* (*fructus*), on entend les produits naturels d'une chose. Ainsi les arbres, les herbes, le blé sont des fruits de la terre; les

[45] Fr. 44, D., *de eviction.* 21, 2. « ... Omnia autem, quæ conjuncta navi essent, veluti gubernacula, malus, antennæ, velum, *quasi membra navis* esse. » — Fr. 20, D., *de instructo vel instrum. leg.* 33, 7. — Fr. 242, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[46] Fr. 17, § 7, D., *de act. emti vend.* 19, 1. « Labeo generaliter scribit : ea, quæ perpetui usus causa in ædificiis sunt, ædificii esse; quæ vero ad præsens, non esse ædificii; utputa fistulæ temporis quidem causa positæ, non sunt ædium, verumtamen si perpetuo fuerint positæ, ædium sunt. » Voyez en général § 113 et les passages y cités.

[47] Fr. 100, § 3, D., *de leg. III* (32). « Cui corinthia vasa legata essent, et βάσεις quoque eorum vasorum collocandorum causa paratas deberi, Trebatius respondit. Labeo autem id non probat, si eas βάσεις testator numero vasorum habuit. Proculus vero recte ait : Si æneæ quidem sint, non autem corinthiæ, non deberi. » Le principe qu'il faut suivre dans cette matière, dans laquelle au reste les difficultés sont plutôt *de fait* que *de droit*, se trouve discuté au Fr. 29, D., *de instructo vel instrum. leg.* 33, 7. « Si navem cum instrumento emisti, præstari tibi debet scapha navis. Paulus : Immo contra; etenim scapha navis non est instrumentum navis; etenim mediocritate, non genere ab ea differt; instrumentum autem cujusque rei necesse est alterius generis esse, atque ea, quæque sit; quod et Pomponio libro septimo Epistolarum placuit. » — Voyez au reste ci-après livre II, titre I.

[48] Fr. 17, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 2. 3, § 1. Fr. 8. 38, § 7. 11. D., *de usuris* 22, 1.

pommes sont les fruits des arbres, et par conséquent de la terre; le croit des animaux, la laine, le lait sont le fruit des animaux dont ils proviennent [49]. Tant que les fruits sont encore attachés à la matière qui les a produits, on les appelle *pendentes* ou *stantes*. Dans cet état, ils n'ont point d'existence propre; ils sont l'accessoire de la chose qui les a produits. Dès qu'ils en sont séparés, *fructus separati*, ils perdent la qualité de chose accessoire (Voy. § 113) [50]. Dans le langage du droit on emploie aussi le mot *fructus* au figuré, en considérant comme fruits ce qu'une chose nous procure, sans qu'il y ait production naturelle. Dans ce sens le loyer d'une maison, le prix de ferme d'un champ, les intérêts d'un capital sont *fruits* de la maison, du champ, du capital [51]. On les appelle *fruits civils* en opposition aux autres, *fruits naturels* [52].

Par *impenses* (*impensæ*, *expensæ*, *impendia*, *sumtus* [53]) on entend en général les frais et dépenses que nous faisons pour une chose. Elles sont regardées comme accession de la chose, si le résultat qu'elles ont produit en fait partie. Sous ce rapport on les distingue en impenses *nécessaires, utiles* et *voluptuaires*. On appelle *nécessaires*

[49] L'esclave étant considéré comme chose, les enfants d'une esclave devraient être considérés comme fruits de l'esclave. Tel est en effet l'esprit de la législation romaine; toutefois on fait une exception à cette règle dans un cas spécial, en refusant au *partus ancillæ* la qualité de *fructus*. Voyez § 37, I., *de rer. div*. 2, 1. — Fr. 27, pr. D., *de hered. petit*. 5, 3. — Fr. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1 et ci-après livre II, titre II.

[50] Fr. 44, D., *de rei vind*. 6, 1. « Fructus pendentes pars fundi videntur. »

[51] Fr. 121, D., *de verb. signif*. 50, 16. « *Usura* pecuniæ, quam percipimus, in fructu non est, quia non ex ipso corpore, sed ex alia causa est, id est, nova obligatione. » — Fr. 34, D., *de usuris* 22, 1. « Usuræ vicem fructuum obtinent, et merito non debent a fructibus separari... » — Fr. 29, D., *de heredit. petit*. 5, 3. « Mercedes plane a colonis acceptæ loco sunt fructuum. Operæ quoque servorum in eadem erunt causa, qua sunt pensiones; item vecturæ navium et jumentorum. » — Voyez encore Fr. 62, pr. D., *de rei. vind*. 6, 1. — Fr. 36, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 83, pr. D., *de leg. III* (32).

[52] Il y a encore d'autres divisions des fruits dont il n'est pas nécessaire de parler dans le livre I qui ne doit contenir que des notions générales, par exemple en *fructus extantes*, *consumti; percepti*, *percipiendi*. D'autres divisions créées par l'école sont inutiles, par exemple, en *fruits naturels, industriels* et *mixtes*, etc.

[53] Les Romains se servent de ces termes indistinctement. Les modernes réservent ordinairement le nom d'*impensæ* aux frais qui ont été faits sur la chose même et dont le résultat fait partie de la chose; tandis qu'ils appellent *expensæ* les frais faits à l'occasion de la chose sans que la chose elle-même en profite matériellement, par exemple des frais d'assurance, de transport, etc.

(*necessariæ*) les impenses qui sont indispensables pour la conservation de la chose, *quæ si factæ non sint, res peritura aut deterior futura sit; utiles* (*utiles*), celles qui sans être de stricte nécessité, augmentent la valeur intrinsèque de la chose, par exemple, des canaux d'irrigation; enfin *voluptuaires* (*voluptariæ sive voluptuosæ*) celles qui augmentent moins la valeur réelle que l'agrément que la chose peut donner [54].

TITRE QUATRIÈME.

DES ACTES ET DE LEURS EFFETS JURIDIQUES.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 118.

Le *fait de l'homme* peut être considéré en droit sous deux rapports. D'abord comme *objet* d'un droit, savoir, lorsque quelqu'un doit *faire* quelque chose en notre faveur; nous en traiterons ultérieurement au livre *des obligations* (livre III). Ensuite nous pouvons le considérer comme *source* d'un droit. Ainsi, si quelqu'un me

[54] ULPIEN, en parlant de la dot VI, 14: « Impensarum species sunt tres : aut enim *necessariæ* dicuntur, aut *utiles*, aut *voluptuosæ*. 15. *Necessariæ* sunt impensæ, quibus non factis dos deterior futura esset, velut si quis ruinosas ædes refecerit. 16. *Utiles* sunt quibus non factis quidem deterior dos non fieret, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. 17. *Voluptuosæ* sunt, quibus neque omissis deterior dos fieret neque factis fructuosior effecta est : quod evenit in viridariis et picturis similibusque rebus. » — Fr. 1, § 1, D., *de impensis in res dotales factis* 25, 1. « *Necessariæ* hæ dicuntur quæ habent in se necessitatem impendendi. » Fr. 5, § 3, *eod.* « *Utiles* autem impensæ sunt quæ maritus utiliter fecit, remque meliorem uxoris fecerit.» Fr. 7, pr. D., *eod.* « *Voluptariæ* autem impensæ sunt quæ maritus ad voluptatem fecit, et quæ speciem exornant. » — Fr. 79, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Impensæ *necessariæ* sunt, quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit. § 1. *Utiles* impensas esse Fulcinius ait, quæ meliorem dotem faciant, deteriorem esse non sinant, ex quibus reditus mulieri acquiratur... § 2. *Voluptariæ* sunt quæ speciem duntaxat ornant, non etiam fructum augent... » — Des exemples se trouvent entre autres dans le Fr. 79 *cité* et Fr. 14. D., *de impensis in res dot.* 25, 1.

vend et me livre sa maison, le *fait* de la vente, suivi de celui de la tradition, a pour effet de me donner la propriété de la maison. Ou bien quelqu'un détruit ma chose; de ce *fait* résulte pour moi le droit de demander la réparation du dommage qui m'a été causé. Les faits considérés comme *source* de droits peuvent être licites ou illicites. Nous ne nous occupons ici que des premiers, auxquels on peut donner par excellence le nom d'*actes*.

Nous entendons par *acte, acte juridique* (*actus legitimus, negotium, negotium juris*) tout fait de l'homme qui se rattache à l'acquisition d'un droit, et qui peut avoir pour effet soit de créer, soit d'éteindre, soit de conserver ou protéger un droit. En rapportant cette définition à ce que nous avons dit en général sur la nature des droits, nous trouvons que l'élément fondamental de tout acte est la *volonté* de celui qui le pose [1]. Le but vers lequel cette volonté se dirige détermine la nature particulière de l'acte.

Parmi les nombreuses divisions des actes, nous remarquons particulièrement les suivantes : On appelle l'acte *unitaléral,* quand la volonté d'une seule personne suffit pour le faire, par exemple un testament ; *bilatéral,* quand il exige le concours de deux personnes, par exemple un contrat. On divise encore les actes en *actes entre-vifs* (*inter vivos*) et *actes à cause de mort* (*mortis causa*). Ces derniers ne doivent produire d'effet qu'après la mort de ceux qui les ont faits, tandis que l'efficacité des premiers ne dépend pas de la mort des parties intervenantes.

En traitant des actes juridiques, nous aurons à examiner les *conditions requises* pour leur validité et les *effets* qu'ils produisent. C'est à la suite de cet examen, que les commentateurs ont été amenés à distinguer dans les actes juridiques les trois parties suivantes [2] : 1° Les **essentialia negotii,** c'est-à-dire les conditions essentielles qui forment la substance de l'acte et sans lesquelles il ne

[1] C'est pourquoi *le fait* d'un insensé n'est pas considéré en droit comme un *acte,* mais comme un événement fortuit. Fr. 61 in f. D., *de administ. et periculo tutorum* 26, 7. « ... Impune autem puto admittendum, quod per furorem alicujus accidit, quomodo si *casu aliquo, sine facto personæ,* id accidisset. »

[2] C'est à cause de l'utilité pratique qu'elle peut présenter pour la terminologie, que nous mentionnons cette *analyse* des éléments qui peuvent se trouver dans un acte; mais nous ne saurions l'admettre comme une *division* des éléments constitutifs de l'acte. En effet il suffit d'un examen rapide pour s'apercevoir, qu'il n'y a d'éléments constitutifs que ceux qu'on appelle *essentialia negotii ;* quant aux *naturalia et essentialia*, ce ne sont que les effets que l'acte produit, soit de plein droit, soit par suite de conventions particulières des parties.

peut exister. La condition générale de tout acte est la volonté de celui qui le pose; en outre, il y a des conditions spéciales qui varient selon le but particulier des diverses espèces. Ainsi, pour qu'il y ait vente, il faut nécessairement une chose, et un prix destiné à servir de payement. 2° Les* *naturalia negotii,** c'est-à-dire les conséquences qui découlent de la nature de l'acte, et qui par cette raison ont lieu de plein droit, sans que les parties aient besoin d'en convenir expressément [3]. C'est ainsi que de la nature de la vente résulte pour le vendeur l'obligation de livrer la chose vendue, et pour l'acheteur, l'obligation de payer le prix d'achat. Toutefois ces conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par la volonté des parties. 3° Ces modifications qui sont appelées* *accidentalia negotii** ont pour but d'ajouter quelque chose aux conséquences naturelles de l'acte ou d'en retrancher quelque chose, ou enfin d'y introduire un changement quelconque. Par exemple, si un contrat de vente est conclu purement et simplement, l'acheteur peut à l'instant exiger la livraison de la chose vendue, de même que le vendeur en peut demander le prix. Mais si les parties veulent différer l'exécution de ces obligations respectives, ou même la faire dépendre d'un événement quelconque, elles ajouteront au contrat un terme ou une condition; et ces dispositions seront des *accidentalia* du contrat de vente.—En résumé, on appelle *essentialia negotii* les conditions dont la réunion est nécessaire pour l'existence de l'acte; les *naturalia* sont les conséquences qui dérivent de la nature de l'acte et qui ont lieu de plein droit, à moins que les parties n'y dérogent par des dispositions particulières, *accidentalia*, lesquelles au reste ne peuvent jamais porter atteinte aux conditions essentielles.

Observation. A propos du mot *actus legitimus* que nous avons employé comme synonyme de *negotium* pour désigner en général tout *acte destiné à produire des effets légaux*, nous devons entrer dans quelques détails sur la signification des mots *agere, lege agere, legis actiones*, *actus legitimi*. Par *agere* on entend en général agir, faire quelque chose, et naturellement dans le langage du droit faire quelque chose qui produit un effet juridique. *Lege agere* est donc agir en droit, agir d'après la loi, particulièrement agir en justice. Aussi le mot *legis actio* désigne-t-il le pouvoir du magistrat de rece-

[3] Fr. 11, § 1, D., *de act. emti et venditi* 19. 1. « ... Sciendum est in hoc judicio id demum deduci, quod præstari convenit...; quod si nihil convenit, tunc ea præstabuntur quæ *naturaliter* insunt hujus judicii potestate. »

voir de pareils actes [4]; et dans la procédure il est devenu le terme technique donné aux actes qui servent à introduire un procès [5]. Quant au mot *actus legitimi*, qui au reste ne se rencontre que deux fois dans nos sources [6], il n'avait certes aucune valeur technique; il signifiait tout simplement un acte conforme au *jus civile* ou produisant des effets juridiques. Aussi ne pouvons-nous admettre l'opinion de plusieurs auteurs des siècles derniers, d'après lesquels on devrait entendre par *actus legitimi* certains actes solennels qui auraient eu ceci de particulier qu'ils n'auraient pu être faits par des mandataires et qu'on n'y aurait admis ni condition ni terme [7]. Cette opinion est particulièrement fondée sur l'interprétation inexacte d'un fragment de Papinien, Fr. 77, D. *de regulis juris* 50, 17, conçu en ces termes : « Actus legitimi qui non [8] recipiunt

[4] PAUL, *S. R.*, II, 25, 4. « Apud magistratus municipales, si habeant *legis actionem*, emancipari et manumitti potest. » — Fr. 4, D., *de adopt.* 1, 7. « Magistratum, apud quem *legis actio* est, et emancipare filios suos, et in adoptionem dare apud se posse, Neratii sententia est. — Fr. 3, D., *de off. procons.* 1, 16. — Fr. 1, D., *de off. jurid.* 1, 20. — L. 1, C., *de adopt.* 8, 48.

[5] C'est dans ce sens technique que ce terme se trouve dans GAIUS, IV, 11, suiv., (POMPONIUS), Fr. 2, § 6, D., *de orig. juris* 1, 2, et dans plusieurs autres passages. Mais il n'en est pas moins vrai que les mots *lege agere*, *legis actiones* sont aussi employés dans des cas où ils ne peuvent avoir cette signification exclusive. Ainsi il est des passages où *lege agere* signifie en général *faire un procès*, sans qu'il soit question le moins du monde des formalités de la procédure romaine. CIC., *de orat.* 10. « *Agerent* enim tecum *lege* primum Pythagoræi omnes atque Democritici. » Bien plus, nous trouvons des passages où il ne s'agit pas même d'*affaires contentieuses*, mais tout simplement d'*actes juridiques du jus civile*; par exemple : d'adoption et d'émancipation. (VOPISCUS, *Aurel.* 14. « ... In adrogando Aureliano... Jube igitur, ut *lege agatur*, sitque Aurelianus heres sacrorum, nominis et bonorum, totiusque juris. » — *Nov. Justin.*, 81, *præf.* « ἡ τῆς emancipationος πρᾶξις πάλαι μὲν ὑπὸ τὰς καλουμένας legis actionας γενομένη, *actus emancipationis qui olim inter legis actiones erat.* ») Or, ni l'adoption ni l'émancipation ne se faisaient au moyen d'actes de procédure. — Voyez au reste § 129.

[6] Savoir au Fr. 77, D., *de regulis juris* 50, 17, que nous expliquons dans le texte; et à la Loi 21. C., *de hæreticis* 1, 5, où Justinien refuse le droit de porter témoignage en justice aux manichéens et autres hérétiques, *quibus pro reatus similitudine omnis legitimus actus interdictus est.*

[7] Nous nous sommes borné à mentionner les points les plus saillants de cette question célèbre. On peut trouver plus de détails dans HEINECCIUS, *Antiq. rom. Proœm.* § 6; *Historia juris* §§ 40 et suiv.—POTHIER, *Prolegom. ad Pand.*, c. 1, § 3. — BERRIAT ST.-PRIX, *Histoire du droit romain*, p. 52 et suiv.

[8] Les Pandectes florentines ont « *qui recipiunt diem*, » leçon qui ne peut être conciliée avec ce qui suit.

diem, vel conditionem, veluti emancipatio [9], acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem..... » Au lieu de traduire ce passage de la manière la plus naturelle : « Les actes juridiques qui n'admettent point de terme ou de condition, par exemple l'émancipation, etc., sont entièrement invalidés par la stipulation d'une condition ou d'un terme, » on a forgé la traduction suivante : « Les actes légitimes, *c'est-à-dire* les actes qui n'admettent point de terme ou de condition, comme l'émancipation, etc.; » et à l'aide de cette interprétation, qui n'est ni conforme au texte ni en harmonie avec la législation en général, on a donné au mot *actus legitimus* une signification exclusive que rien ne justifie. — Au reste nous répétons ici l'observation que nous avons eu l'occasion de faire plus d'une fois, savoir, que bien des termes auxquels les auteurs modernes donnent un sens très-précis et exclusif ne l'avaient point chez les Romains; d'où il résulte qu'on tombe facilement dans des erreurs en appliquant aux textes de la loi le sens prétendûment technique de l'école. Toutefois il peut être permis dans bien des cas de considérer comme sens *technique* celui que nous trouvons le plus fréquemment employé. Ainsi comme nous n'avons pas hésité à adopter la signification moderne des mots *consanguinei* et *uterini* (§ 102. OBS.), de même nous n'emploierons le mot *legis actio* que pour désigner les actes qui servent à introduire un procès.

§ 119.

Le but direct des actes juridiques est *de créer* ou *d'éteindre des droits*. Toutefois ce but est susceptible de plusieurs modifications; ainsi il y a des actes qui tendent plus spécialement à *conserver*, à *confirmer* ou *à garantir* des droits déjà existants. Enfin il y en a une catégorie très-importante, qui nous servent à *poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits.*

Nous ne pouvons ici passer en revue tous les actes qui rentrent dans ces différentes catégories; ce serait épuiser la matière presque entière du cours. Nous nous bornerons à quelques renseignements généraux qui ne trouveraient pas facilement une place convenable dans la suite de l'ouvrage.

Par rapport à la première catégorie qui comprend les actes

[9] Flor., *mancipatio*.

ayant pour but de *créer* ou d'*éteindre des droits,* nous ferons observer que chez les Romains, comme chez tous les autres peuples, les transactions entre particuliers se bornèrent dans le principe à une opération bien simple, à l'*échange* [10]. C'est en effet à ce mode de transfert que nous pouvons ramener historiquement presque toutes les opérations de la vie civile. Ainsi dans l'ancien droit la *propriété* se transmettait au moyen de la *mancipatio,* acte public dans lequel l'une des parties donnait la chose, et l'autre le prix de la chose, consistant en une quantité de monnaie de cuivre qu'on pesait dans les premiers temps au moyen d'une balance. Aussi disait-on que la chose était transférée *per æs et libram* [11]. — Le même procédé *per æs et libram* fut appliqué au cas où une personne voulait *s'obliger* envers une autre. En échange de la somme d'argent que le créancier comptait au débiteur au moyen de la balance, celui-ci mancipait sa personne au créancier. Il en résultait qu'en cas de non-remboursement le créancier avait le droit de saisir la personne du débiteur et de le posséder comme *mancipium.* On disait que le débiteur qui avait reçu un prêt de cette manière s'était lié ou enchaîné (*nectebatur, nexus est*); et l'acte même s'appelait *nexus* ou *nexum* [12]. — Les parties pouvaient ajouter à la

[10] Nous prenons ici le mot *échange* dans le sens vulgaire et général : troc que l'on fait d'une chose pour une autre. Dans ce sens il comprend également la vente. Nous verrons ci-après que par la suite les jurisconsultes romains distinguèrent avec soin la vente de l'échange. Voy. livre troisième.

[11] Ce qui dans le principe était réel finit par devenir symbolique. Quand on ne pesait plus la monnaie, l'opération *per æs et libram* était devenue inutile; on la conserva comme pure formalité. GAIUS, I, 119. « Est autem *mancipatio,* ut supra quoque diximus, imaginaria quædam venditio : quod et ipsum jus proprium civium romanorum est. Eaque res ita agitur : adhibitis non minus quam quinque testibus, civibus romanis, puberibus, et præterea alio ejusdem conditionis, qui libram æneam teneat, qui appellatur libripens; is qui mancipio accipit, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO, ISQUE MIHI EMTUS EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA; deinde ære percutit libram, idque æs dat ei a quo mancipio accepit, quasi pretii loco. 122. Ideo autem æs et libra adhibitur, quia olim æreis tantum nummis utebantur, et erant dupondii, semisses et quadrantes, sicut ex lege XII tabularum intelligere possumus, eorumque nummorum vis et potestas non in numero erat, sed in pondere... »

[12] Le *nexus* n'était certes dans le principe autre chose que la *mancipation* du débiteur. C'est par ce motif aussi que les mots *mancipium* (ancienne forme pour *mancipatio*) et *nexus* sont souvent employés l'un pour l'autre. Ainsi le *nexus* appréhendé au corps devient *mancipium;* la *mancipation* est appelée *traditio nexu, jus nexi.* (CIC., *Top.* 5; *de harusp. resp.* 7.) Voyez encore LE MÊME, *Parad.,* V, 1. « Mancipia, quæ sunt dominorum facta *nexu.* » VAR-

mancipatio ou au *nexum* des conventions particulières que déjà la loi des Douze Tables avait déclarées obligatoires. *Uti lingua nuncupassit, ita jus esto* [13]. Ces conventions n'étaient originairement que des *accidentalia negotii;* mais par la suite on s'en servait souvent pour faire des transactions, dans lesquelles le transfert par mancipation n'était que le prétexte servant à donner une forme légale à un autre acte. Cela se faisait surtout au moyen de la *fiducia*, convention par laquelle celui qui recevait la chose mancipée s'engageait à la rétrocéder après un certain laps de temps ou à la remettre à un tiers, ou bien s'obligeait à toute autre prestation analogue. Ainsi le débiteur, pour donner un gage à son créancier, lui mancipait la chose qui devait servir de gage; et ce dernier, en la recevant, s'engageait sur sa foi, *fiducia,* à la remanciper au débiteur dès que celui-ci aurait payé sa dette. On se servait du même détour pour faire un dépôt, ou un prêt à usage, etc. [14]; jusqu'à ce que les progrès de la législation et de la science firent découvrir des modes moins compliqués et plus sûrs que nous ferons connaitre quand nous traiterons des droits auxquels ils se rapportent. — C'est aux mêmes endroits que nous donnerons des détails sur les actes qui ont pour but d'*éteindre* les droits. Ordinairement quand nous abandonnons un droit, nous le faisons dans l'intention de le transférer à un autre, comme dans la vente, l'échange, etc. Cette opération combinée : abandon d'un droit, afin qu'un autre l'acquière, est particulièrement désignée par le mot *aliéner* (*alienare, alienum facere*). Toutefois souvent ce terme est aussi employé dans un sens plus étendu, et comprend tout acte qui entraine la perte d'un droit, quand même il ne contiendrait pas l'intention de le transférer à un autre [15]. Dans ce sens, il comprend aussi la *renonciation,* quand

RON, *de l. l.*, VI, 5, et FESTUS, v. *nexum* nous apprennent qu'on entendait par *nexum* omne quod per libram et æs geritur, in quo sint mancipi — *nexum,* quodcunque per æs et libram geritur, idque necti dicitur. — Au reste nous reviendrons sur cette matière au livre troisième.

[13] FESTUS, v. *nuncupata*. « ... CUM NEXUM FACIET MANCIPIUMQUE, UTI LINGUA NUNCUPASSIT, ITA JUS ESTO. — Voyez encore CIC., *de off.*, III, 16.

[14] ISIDORE, *Orig.*, V, 25. « *Fiducia* est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur, vel in jure ceditur. » — GAIUS, II, 60. « Sed cum *fiducia* contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent... » — Les *mancipations* avec *fiducia* étaient surtout d'un fréquent usage pour opérer des changements dans l'état des personnes par rapport à la famille. Nous nous bornons ici à mentionner l'*émancipation*.

[15] On se sert même du mot *alienare*, quand il s'agit d'une omission qui a

elle contient abandon d'un droit acquis; mais la renonciation à un droit qui ne nous appartient pas encore, bien que nous puissions l'acquérir, ne constitue pas une aliénation [16].

Parmi les actes qui ont pour but de *conserver* des droits, nous remarquons surtout la protestation et la réserve. On appelle *protestation* la déclaration par laquelle nous nous garantissons contre l'interprétation défavorable qu'on pourrait donner à un acte, ou contre les conséquences qu'on pourrait tirer d'un acte à notre préjudice [17]. La *réserve* est une espèce de protestation ayant pour but

pour effet de nous faire perdre un droit. Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes... » — Une autre explication du mot se trouve L. ult. C., *de reb. alien. non alienand.* 4, 51. « Sancimus : sive lex alienationem inhibuerit, sive testator hoc fecerit, sive pactio contrahentium hoc admiserit : non solum dominii alienationem, vel mancipiorum manumissionem esse prohibendam, sed etiam ususfructus dationem, vel hypothecam, vel pignoris nexum penitus prohiberi, simili modo et servitutes minime imponi, nec emphyteuseos contractum... » — Appliqué aux choses corporelles le mot *alienare* est souvent employé dans un sens très-restreint ne comprenant que le *transfert de la propriété romaine*. Cela était conforme au langage primitif : quand on disait *hæc res mea est* pour indiquer que j'avais la propriété quiritaire de la chose, il était tout naturel de se servir du mot *alienare*, *alienum facere* pour indiquer le transfert de cette propriété.

[16] Fr. 28, pr. D., *de verb. obl.* 50, 16. « ... Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit, aut optionem extra certum tempus datam non amplectitur. » — Fr. 6, § 2, D., *quæ in fraudem credit.* 42, 8. — La perte de la simple *possession* n'est pas non plus considérée comme *alienatio :* Fr. 119, D., *de regulis juris* 50, 17. « Non alienat qui duntaxat omittit possessionem. » — Fr. 4, § 1, D., *de alien. jud. mut. causa* 4, 7.

[17] Fr. 20, § 1, D., *de acq. vel. omitt. hered.* 29, 2. « Et ideo solent *testari* liberi, qui necessarii existunt, non animo heredis se gerere quæ gerunt, sed aut pietatis, aut custodiæ causa, aut pro suo. Utputa patrem sepelivit, vel justa ei fecit : si animo heredis, pro herede gessit; enimvero si pietatis causa hoc fecit, non videtur pro herede gessisse... Proinde et si fundos, aut ædes locavit vel fulsit, vel si quid aliud fecit, non hoc animo, quasi pro herede gereret, sed dum ei, qui substitutus est, vel ab intestato heres exstiturus, prospicit, aut res tempore perituras distraxit in ea causa est, ut pro herede non gesserit, quia non hoc animo fuerit. » Voyez aussi Fr. 14, §§ 7. 8. D., *de religiosis* 11, 7. — Fr. 16, D., *de Sc. Maced.* 14. 6. « Si filius familias, absente patre, cum quasi ex mandato ejus pecuniam acceperit, cavit et ad patrem litteras emisit, ut eam pecuniam in provincia solveret, debet pater, si actum filii sui improbat, continuo *testationem* interponere *contrariæ voluntatis.* » — Fr. 34, D., *de negotiis gestis* 3, 5.

de nous réserver des droits dont la perte pourrait résulter de l'acte auquel nous ajoutons la réserve [18]. Au reste, il va sans dire que ni la protestation ni la réserve ne produisent d'effet contre les conséquences que la loi attache impérieusement à un acte ou qui en découlent nécessairement par la force des choses. *Non valet protestatio facto contraria* [19].

Les moyens qu'on emploie pour *confirmer* et *garantir* un droit opèrent ordinairement d'une manière indirecte. Souvent ils consistent en une peine qu'on se fait promettre en cas d'inexécution de la part de la personne obligée. Ou bien on exige une garantie en dehors de cette personne et qui peut consister soit en une autre personne (*garantie personnelle, caution*), soit en une autre chose (*garantie réelle, gage* et *hypothèque*). De pareils actes supposent donc toujours l'existence d'un autre droit dont ils ne sont que l'*accessoire*. Il paraît que pour *confirmer* les droits les Romains se servaient aussi du *serment* (*jusjurandum*) : toutefois le serment ne créait point d'obligation par lui-même; il ne servait qu'à renforcer une obligation déjà existante. Aussi ne produit-il aucun effet si l'acte auquel il est ajouté est nul par lui-même [20].

Quant aux actes par lesquels nous cherchons à *poursuivre en justice la reconnaissance de nos droits*, et que les Romains appellent *actiones* par excellence, nous en traiterons dans le titre suivant. Nous ferons cependant observer que dans l'ancien droit on se servait souvent de ces *actiones* pour donner une forme légale à des actes qui, de leur nature, n'avaient aucun caractère contentieux. Ainsi quand un citoyen voulait transférer à un autre la propriété d'une chose, les deux parties se rendaient devant le tribunal du préteur, où l'acquéreur faisait semblant de revendiquer la chose en question, soutenant qu'elle lui appartenait. Le vendeur ne contredisait pas, et le préteur attribuait la chose à l'acquéreur par un jugement qui lui servait de titre de propriété. Cette revendication fictive s'appelait *in jure cessio* (*cession devant le préteur,*

[18] Fr. 4, § 1, D., *quib. modis pign. solv.* 20, 6. « Si in venditione pignoris consenserit creditor, vel, ut debitor hanc rem permutet, vel donet, vel in dotem det, dicendum erit pignus liberari; nisi salva causa pignoris sui consensit vel venditioni, vel ceteris : nam solent multi salva causa pignoris sui consentire... » — Fr. 77, D., *de contrah. emtione* 18, 1.

[19] Fr. 51, § 2, D., *de acq. vel omitt. hered.* 29, 2. « Sed si quis ita dixerit : *si solvendo hereditas est adeo hereditatem,* nulla aditio est. » — Fr. 7, pr. in f. D., *nautæ, caupones* 4, 9. — Fr. 14, D., *de public. in rem act.* 6, 2.

[20] Fr. 7, § 16, D., *de pactis* 2, 14. — L. 5, § 1, C., *de legibus* 1, 14.

cession judiciaire), et fut pendant longtemps, concurremment avec la *mancipatio*, le mode usuel de transférer la propriété romaine [21].

CONDITIONS REQUISES POUR LA VALIDITÉ DES ACTES.

§ 120.

Les conditions exigées pour la validité d'un acte peuvent se rapporter soit à la *forme* de l'acte, soit à la chose qui en est l'*objet*, soit enfin aux *personnes* qui le font.

Sous le premier rapport, l'ancien droit se distinguait par une rigueur minutieuse. Presque tous les actes juridiques étaient soumis à des formalités souvent fort compliquées dont l'inobservation entrainait la nullité de l'acte (*negotia solemnia*). Parmi ces formalités figure en première ligne l'assistance de témoins [22]; dans beaucoup de cas, on procédait à certaines opérations symboliques [23]; souvent la loi exigeait l'emploi de certaines paroles sacramentelles [24]; dans d'autres, la rédaction par écrit était de

[21] GAIUS, II, 24. « In jure cessio autem hoc modo fit : apud magistratum populi romani, vel apud prætorem, vel apud præsidem provinciæ, is, cui res in jure ceditur, rem tenens ita dicit : HUNC EGO HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AJO ; deinde postquam hic vindicaverit, prætor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet ; quo negante aut tacente, tunc ei qui vindicaverit eam rem addicit ; idque legis actio vocatur... »

[22] Par exemple dans la *mancipatio*, le testament, le codicille. Voyez au reste ci-après la note 26.

[23] Par exemple dans la mancipation et dans plusieurs actes de procédure. Au reste il est à remarquer que la plupart de ces actes symboliques étaient originairement des opérations sérieuses et n'ont reçu le caractère fictif que nous leur trouvons plus tard que par suite de l'habitude des Romains d'employer des formes existantes pour donner de l'efficacité à des créations nouvelles. Nous en avons déjà vu des exemples à la note 11, nous en trouverons beaucoup d'autres dans le cours de l'ouvrage.—Faisons encore observer, que le nombre des actes symboliques est beaucoup moins considérable qu'on ne le dit ordinairement. Bien des opérations symboliques qu'on cite comme actes juridiques sont tout simplement des cérémonies en usage à Rome sans la moindre importance légale. De ce nombre sont la plupart des signes énumérés dans l'*Histoire du droit romain* par M. BERRIAT ST.-PRIX, p. 53.

[24] Par exemple la *stipulation* (*verborum obligatio*) GAIUS, III, 92. Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut : DARI SPONDES? SPONDEO. — DABIS? DABO. — PROMITTIS? PROMITTO. — FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO. — FIDEJUBES? FIDEJUBEO. — FACIES? FACIAM. — 93. Sed hæc quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO, propria civium romanorum est... » Voyez encore GAIUS, II, 166, etc.

rigueur[25]; enfin quelquefois on exigeait l'intervention du souverain, d'une autorité constituée ou d'un notaire[26]. Il serait déplacé d'entrer ici dans plus de détails; dans le cours de l'ouvrage, nous serons assez souvent obligé d'en donner. Nous nous bornons donc à faire observer que la plupart de ces formalités disparurent à mesure que l'influence toujours plus marquée du *jus gentium* fit perdre au droit romain son caractère exclusif. Dans le droit nouveau, il n'y a que peu d'actes dans lesquels l'observation de certaines formalités soit exigée à peine de nullité. Toutes les fois que la loi n'en prescrit point, les parties peuvent déclarer et exprimer leur volonté comme bon leur semble[27]. Elle peut même être exprimée *tacitement*, lorsque du concours des circonstances il résulte à l'évidence que la personne qui a fait l'acte a voulu produire tel effet juridique[28]. Par exemple, celui qui abandonne une chose est censé renoncer à son droit de propriété sur cette chose; le créancier gagiste qui remet au débiteur la chose engagée, renonce implicitement à son droit de gage[29].

Quant à l'*objet*, il faut avant tout que l'acte se rapporte à un droit que l'on puisse faire valoir d'une manière quelconque. Ainsi, de

[25] Gaius, III, 128 et suiv. — Tit. I., *de litter. obligat.* 3, 21. — Tit. C., *de jure emphyteut.* 4, 66. — L. 8, C., *qui testam. fac. poss.* 6, 22.

[26] Les lois qui exigent l'intervention du souverain ou d'un notaire (*tabellio, tabellarius*) datent toutes des derniers temps de l'Empire. Toutefois nous ferons observer que dans le principe tous les actes étaient probablement publics et authentiques, et se faisaient soit devant un magistrat, par exemple la *in jure cessio*, soit devant le peuple souverain, par exemple les testaments dans les comices. Il est même plus que probable que l'assistance des témoins n'est autre chose qu'un mode de remplacer l'intervention du peuple entier. De là vient que le nombre des témoins dans un acte solennel est ordinairement de *trois*, correspondant au nombre des curies, ou de *cinq*, correspondant aux *cinq* classes des centuries. C'est par la même raison que les cinq témoins dans la mancipation sont appelés *testes classici*.

[27] Fr. 4, D., *de fide instrum.* 22, 4. — L. 28, C., *de transact.* 2, 4.

[28] C'est sur une considération analogue qu'est fondé le proverbe " *Qui tacet consentire videtur* ", dont on abuse fréquemment. Il est évident que notre silence ne peut être considéré comme consentement à un acte que lorsque nous y sommes intéressés, et que nous sommes dans la position d'exprimer notre approbation ou notre désapprobation. Voyez au reste Fr. 142, D., *de reg. juris* 50, 17. « Qui tacet, non utique fatetur; sed tamen verum est, eum non negare. » et ci-après livre III.

[29] L. 7, C., *de remiss. pign.* 8, 26. « Creditricem patrui tui sub obligatione fundi, qui per chirographum nexus pignori fuerat, jubentem eamdem cautionem reddi, pignoris etiam jus remisisse videri, manifestum est. » — Fr. 3, D., *de pactis* 2, 14.

fait, l'acte est illusoire quand l'objet est si vaguement indiqué qu'il n'est pas possible de le déterminer [30]. Il en est de même quand il s'agit de choses corporelles qui ne sont pas susceptibles d'exister ou qui sont hors du commerce [31]. Si c'est un fait qui est l'objet de l'acte, il doit être possible et n'être point contraire aux lois et aux bonnes mœurs [32]. Enfin, nos jurisconsultes refusent toute validité à un acte qui ne peut point procurer d'avantage à la personne en faveur de laquelle il paraît être fait [33].

Comme l'acte juridique est une déclaration de volonté, il est évident que la *personne* qui le fait doit *avoir le libre usage de sa volonté*. Les enfants, les fous et les furieux sont donc absolument incapables de faire un acte quelconque. C'est par ce motif aussi qu'un acte ne peut être valablement fait par une personne qui se trouve momentanément privée de sa volonté ou dont la volonté n'est pas libre, par exemple, à cause de fraude, de violence ou d'erreur [34]. — Tout acte juridique, ayant pour but d'apporter un

[30] Fr. 94, D., *de verbor. oblig.* 45, 1. « Triticum dare oportere stipulatus est aliquis. Facti quæstio est non juris. Igitur, si de aliquo tritico cogitaverit, id est, certi generis, certæ quantitatis, id habebitur pro expresso : alioquin, si, cum destinare genus et modum vellet, non fecit, nihil stipulatus videtur : igitur ne unum quidem modium. »

[31] Gaius, III, 97. « Si id, quod dari stipulamur, tale sit, ut dari non possit, inutilis est stipulatio, velut, si quis hominem liberum, quem servum esse credebat, aut mortuum, quem vivum esse credebat, aut locum sacrum vel religiosum, quem putabat esse humani juris, sibi dari stipuletur, æque inutilis est stipulatio. — § 1, I., *de inutil. stipul.* 3, 19. — § 4, I., *de legatis* 2, 20. — Fr. 1, § 9, D., *de oblig. et act.* 44, 7.

[32] Fr. 185, D., *de reg. juris.* 50, 17. « Impossibilium nulla obligatio est. » — Fr. 112, § 3, D., *de leg. I.* (30). « Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum prætoris, vel etiam turpe aliquid. » — Fr. 7, § 3, D., *de pactis* 2, 14. « Si ob maleficium, ne fiat, promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. »

[33] Fr. 61, D., *de pactis* 2, 14. « Nemo paciscendo efficere potest, ne sibi locum suum dedicare liceat, aut ne sibi in suo sepelire mortuum liceat, aut ne vicino invito prædium alienet. » — Fr. 15, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet... »

[34] Fr. 48, D., *de regulis juris* 50, 17. « Quidquid in calore iracundiæ vel fit, vel dicitur, non prius ratum est, quam si perseverantia apparuit, judicium animi fuisse ; ideoque brevi reversa uxor non divortisse videtur. » — L. 19, C., *de inoffic. testam.* 3, 28. — Nous nous réservons de parler ultérieurement des effets *de la fraude*, *de la violence* et *de l'erreur*, quand nous traiterons *de la restitution en entier* (ci-après titre V) et *des conventions* (livre III).

changement à l'état actuel des droits d'une personne, exige nécessairement que cette personne soit capable d'opérer ce changement, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle ait *la capacité de disposer de ses droits*. Sous ce rapport, les enfants, les fous et les furieux sont frappés d'une incapacité absolue; les impubères ne peuvent point aliéner ni s'obliger; la capacité des mineurs et des femmes est restreinte sous plusieurs rapports; enfin il y a beaucoup d'autres restrictions spéciales, que nous mentionnerons quand nous traiterons des matières auxquelles elles se rapportent.

Si l'une des conditions essentielles que nous venons d'exposer manque dans un acte, il ne peut produire d'effet juridique. C'est ce que les Romains expriment énergiquement en disant, que rien n'est fait, qu'il n'y a pas d'acte, *nihil actum est, nullum est negotium*. — Toutefois, il est à remarquer que par notre volonté nous pouvons rendre valide ce qui, faute de consentement, ne l'était pas auparavant. Cela a lieu toutes les fois que nous approuvons ce qu'un tiers a fait pour nous, ou que nous confirmons un acte auquel nous avions consenti à une époque où nous n'étions pas capable de le faire [35]. Pareille approbation ou confirmation est appelée *ratification* (*ratihabitio*). La ratification a en général un effet rétroactif au jour où l'acte originaire et incomplet a été fait, sauf quelques exceptions qui dérivent soit de dispositions légales, soit de la nature particulière de l'acte auquel la ratification est ajoutée [36].

EFFET DES ACTES JURIDIQUES.

§ 121. *En général.*

Si toutes les conditions requises pour la validité d'un acte s'y trouvent réunies, il produira l'effet que la personne ou les personnes qui le font se sont proposé d'atteindre. Pour juger la validité de l'acte, on doit appliquer les lois de l'époque et du lieu où

[35] Fr. 7, § 16, D., *ad Sc. Maced.* 14, 6. — Fr. 152, § 2, D., *de reg. juris* 50, 17. — L. 2, C., *ad Sc. Maced.* 14, 6. — L. 25, C., *de donat. inter virum et ux.* 5, 16.

[36] Fr. 20, pr. D., *de pignor. act.* 13, 7. « Aliena res pignori dari voluntate domini potest : sed et si ignorante eo data sit et ratum habuerit, pignus valebit. » — Fr. 12, § 4, D., *de solutionibus* 46, 3. « Sed etsi non vero procuratori solvam, ratum autem habeat dominus, quod solutum est, liberatio contingit; rati enim habitio mandato comparatur. » — L. 7, pr. C., *ad Sc. Maced.* 4, 28. « ... Cum nostra novella lege generaliter omnis ratihabitio prorsus retrotrahatur, et confirmet ea quæ ab initio subsecuta sunt... »

il a été fait. L'acte nul dès le principe ne devient pas valable par la suite, quand même les circonstances qui occasionnaient la nullité viendraient à disparaître. *Quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* [37]. Si cependant quelques dispositions de l'acte sont nulles, sans que cette nullité influe sur la substance de l'acte même, les autres parties restent intactes et sortent leurs effets. *Utile per inutile non vitiatur* [38].

Il peut se faire qu'un acte, ne réunissant pas les conditions requises pour produire tous les effets que les parties avaient eus en vue, contienne néanmoins les éléments nécessaires pour produire d'autres effets analogues, également compris dans l'intention des parties, et qui dans ce cas seront obtenus. De même, quand les parties se sont trompées sur la nature juridique de l'acte et lui ont, par exemple, donné un nom qui supposerait des conditions qui ne se trouvent pas remplies, l'acte n'en sortira pas moins ses effets, si toutefois l'intention des parties est susceptible d'être légalement réalisée. Ainsi, un contrat de vente dans lequel on aurait dit que l'acheteur n'est pas tenu de payer le prix, est nul comme acte de vente ; mais il peut être considéré comme donation et sortir ses effets comme telle, pourvu que les conditions requises pour une donation s'y trouvent réunies. C'est ce que les commentateurs appellent *conversio actus juridici* [39].

[37] Fr. 29, D., *de reg. juris* 50, 17. « Quod initio vitiosum est non potest tractu temporis convalescere. » — Nous aurons par la suite de nombreuses occasions d'appliquer cette règle; mais elle n'est pas sans exceptions. Fr. 4, D., *de ritu nuptiarum* 23, 2. « Minorem annis duodecim nuptam, tunc legitimam uxorem fore, cum apud virum explesset duodecim annos. » — Fr. 27. 65, § 1, D., *de ritu nupt.* 23, 2. — Fr. 41, § 2, D., *de leg. I* (30). — Fr. 31. 98, pr. D., *de verb. oblig.* 45, 1.

[38] Fr. 1, § 5. D., *de verb. obl.* 45, 1. « ... Duæ sunt quodammodo stipulationes, una utilis, alia inutilis; neque vitiatur utilis per hanc inutilem. » — Fr. 20, D., *de usuris* 22, 1. « Usuras illicitas sorti mixtas ipsas tantum non deberi constat, ceteram sortem non vitiare. » — Fr. 13, § 29, D., *de act. emti et vend.* 19, 1. « Si quis a pupillo sine tutoris auctoritate emerit, ex uno latere constat contractus : nam qui emit obligatus est pupillo, pupillum sibi non obligat. »

[39] Fr. 36, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Cum in venditione quis pretium rei ponit, donationis causa non exacturus, non videtur vendere. » — Fr. 38, D., *eod.* « Si quis donationis causa minoris vendat, venditio valet; toties enim dicimus, in totum venditionem non valere, quoties universa venditio donationis causa facta est... » — Voyez encore Fr. 1, D., *de jure codicill.* 29, 7. — L. 8, § 1, C., *de codic.* 6. 36.

§ 122. *Modifications.* (*Conditio. Dies. Modus.*)

Les conséquences naturelles d'un acte peuvent être modifiées par des conventions particulières. Ces *accidentalia* varient à l'infini selon la volonté des parties; aussi la théorie n'a-t-elle guère à s'en occuper. Toutefois il y en a trois qui, à cause de leur caractère plus général, méritent d'attirer notre attention; nous voulons parler de la *condition*, du *terme* et du *mode*.

La *condition* (*conditio*) est un événement futur et incertain dont nous faisons dépendre l'efficacité d'un acte[40]. Quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but de *créer* un droit, on l'appelle *suspensive*, parce qu'elle suspend l'existence du droit. Par contre on l'appelle *résolutoire* quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but d'éteindre un droit. Cette terminologie, quoique généralement adoptée, manque de justesse et d'exactitude. Toute condition est *suspensive;* car toute condition, sans exception, suspend l'effet de l'acte auquel elle est ajoutée; et c'est précisément là ce qui constitue l'essence de la condition. Il est donc contraire aux règles de la logique d'attribuer exclusivement à une espèce le nom générique qui convient à toutes les conditions. Ce qui a donné lieu à cette dénomination, c'est que souvent on joint à l'acte qui crée un droit un autre acte qui a pour but d'éteindre éventuellement ce même droit. Par exemple: « Je vous vends ma maison à tel prix; mais la vente sera considérée comme non avenue, si vous ne me payez le prix dans huit jours. » Dans ce cas nous avons d'abord une disposition qui crée les rapports de droit résultant du contrat de vente, et en second lieu une disposition qui a pour but d'annuler ces rapports. Or comme l'effet de cette seconde disposition dépend d'une condition, savoir du non-payement du prix, on a l'habitude de dire, que les deux

[40] Un événement futur, mais certain, constitue un terme, et non pas une condition. Voy. ci-après note 46. — Un événement qui n'est pas futur n'est pas une condition non plus, bien qu'il soit incertain. § 6, I., *de verb. oblig.* 3. 15. « Conditiones quæ ad præteritum vel ad præsens tempus referuntur, aut *statim infirmant* obligationem, aut *omnino non differunt :* veluti, si Titius consul fuit, vel si Mævius vivit, dare spondes? Nam si ea ita non sunt, nihil valet stipulatio; sin autem ita se habent, statim valet... » — Fr. 100, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 37, D., *de reb. cred.* 12. 1. — Fr. 16, D., *de injusto, rupto test.* 28. 3. — Fr. 10, § 1, D., *de condit. instit.* 28, 7. « ... Cum *nulla sit conditio*, quæ in præteritum confertur, vel quæ in præsens, veluti, si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat. »

conventions constituent un acte de vente conclu sous condition résolutoire, quoique en réalité il y ait deux actes, dont l'un contient une vente pure et simple, et l'autre donne à l'une des parties la faculté de résilier la vente, faculté dont l'exercice dépend d'une condition. Aussi les jurisconsultes romains ont-ils toujours soin dans les cas difficiles de distinguer la disposition qui contient la résiliation conditionnelle d'avec celle qui établit le droit [41].

La condition a donc pour effet de suspendre jusqu'au moment où elle s'accomplira l'efficacité de l'acte auquel elle est ajoutée. Ainsi quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but de créer un droit (condition dite *suspensive*), ce droit n'existera que pour autant que la condition s'accomplisse : de même quand elle est ajoutée à un acte qui a pour but d'éteindre un droit (condition dite *résolutoire*), ce droit ne sera éteint que par l'accomplissement de la condition. Jusque-là, dans l'une et l'autre hypothèse, tout reste dans le statu quo; mais après l'accomplissement de la condition, l'effet de l'acte est rétroactif, c'est-à-dire : dans la première hypothèse, le droit sera comme s'il avait pris naissance au moment où l'acte a été fait; et dans la seconde, on agira comme si le droit en question avait cessé au même moment [42]. — Tant que l'événement qui

[41] Fr. 3, D., *de contrah. emt.* 18, 1. « Si res ita distracta sit, ut, si displicuisset, inemta esset, constat, non esse sub conditione distractam, sed resolvi emtionem sub conditione. » — Fr. 2, pr. D., *de in diem addict.* 18, 2. « Quoties fundus in diem addicitur, utrum *pura* emtio est, sed sub conditione resolvitur, an vero conditionalis magis sit emtio, quæstionis est? Et mihi videtur verius, interesse quid actum sit. Nam si quidem hoc actum est, ut meliore allata conditione discedatur, erit pura emtio quæ sub conditione resolvitur : sin autem hoc actum est, ut perficiatur emtio, nisi melior conditio offeratur, erit emtio conditionalis. » — Fr. 1, D., *de lege commiss.* 18, 3. « Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub conditione resolvi emtio, quam sub conditione contrahi videatur. » — Fr. 2, § 5, D., *pro emtore* 41, 4. « Sed et illa emtio *pura* est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inemta sit. »

[42] Nous reviendrons sur cette question importante quand nous traiterons des conventions et des testaments. Ici nous nous bornons à citer les passages suivants à l'appui de la règle indiquée dans le texte. — Fr. 11, § 1, in f. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. « ... Cum enim semel conditio exstitit, perinde habetur, ac si illo tempore, quo stipulatio interposita est, sine conditione facta esset... » — Fr. 105, D., *de cond. et dem.* 35, 1. « Si fundum a testatore sub conditione legatum heres alii pendente conditione legavit, post existentem conditionem, quæ priori testamento præposita fuerat, neque proprietas a priore legatario recedit, nec locum religiosum in eo fundo heres facere, nec ser-

constitue la condition n'a pas eu lieu, on dit que *conditio pendet;* dès qu'il a eu lieu, la condition est *accomplie* (*conditio existit, impleta* ou *expleta est*); enfin quand il est certain qu'elle ne s'accomplira pas, *conditio deficit* [43]. Dans ce dernier cas la disposition à laquelle la condition est ajoutée ne produira point d'effet [44].

Le *terme* (*dies*) ajouté à un acte est appelé *suspensif,* quand l'exercice du droit auquel l'acte se rapporte ne pourra avoir lieu qu'à partir du jour indiqué (*ex die,* **dies a quo**), et *résolutoire,* quand le droit doit cesser au terme fixé (*in diem,* **dies ad quem**). Dans l'un et l'autre cas, le terme peut être *certain* ou *incertain* (*dies certus, incertus*). On entend par *dies certus* une date certaine, déterminée par le calendrier, par exemple le 1er janvier 1850, lundi prochain [45]. Tout autre terme est appelé *incertus.* L'incertitude peut se rapporter à la question de savoir *quand le jour arrivera* (* *incertus quando* *), ou bien il peut même être incertain *s'il arrivera jamais* (* *incertus an* *). Toutefois ce qu'on appelle terme incertain sous ce dernier rapport, *incertus an,* n'est pas un terme; c'est une véritable condition. Cette observation n'est pas une vaine subtilité; car la condition et le terme diffèrent essentiellement tant par leur nature que par leurs effets. En effet la condition, comme nous l'avons dit, est un événement futur et incertain d'où dépend l'efficacité de l'acte, tandis que le terme ne sert qu'à déterminer l'époque à laquelle on peut demander l'exécution du droit créé par l'acte. La condition suspend l'existence du droit [46], le terme au contraire suppose l'existence du droit dont il ne fait que retarder l'exécution. Il en résulte entre autres conséquences que, si les parties contractantes ont ajouté à l'acte une modification qu'elles qualifient *condition,* mais qui réellement consiste en un fait qui doit néces-

vitutem imponere poterit : sed et imposita servitus finietur existente conditione. »

[43] Gaius, I, 186.—Fr. 14, pr. D., *de condict. furtiva* 13, 1. —Fr. 5, pr. 7, § 1, D., *de condit. et dem.* 35, 1. — Fr. 68, § 2, D., *de legatis I* (30).

[44] § 2, I., *quib. modis test. infirm.* 2, 17. « ... Ideo, si quis... conditione sub qua heres institutus est, defectus sit..., paterfamilias intestatus moritur. » — Fr. 37, in f. D., *de contr. emt.* 18, 1. — Fr. 8, pr. D., *de peric. et comm. rei vend.* 18, 6. — Fr. 21, in f. D., *de solut.* 46, 3.

[45] Fr. 21, pr. D., *quando dies legat. ced.* 36. 2. « Si dies adposita legato non est, præsens debetur... Si *certa* est, veluti Calendis Januariis centesimis, dies quidem legati statim *cedit,* sed ante diem peti non potest... » Voyez note 50.

[46] Nous ne parlons ici que des conditions ajoutées à un acte qui a pour but de créer un droit (conditions dites suspensives); mais le même raisonnement s'applique aux conditions résolutoires.

sairement arriver, cette modification est un véritable *terme* et doit être envisagée comme tel : le droit auquel l'acte se rapporte existe dès aujourd'hui; seulement l'exécution en est différée [47]. Par contre, si les parties ont donné la qualification de *terme* à un événement qui peut ne pas arriver, il est évident que cette modification prend la nature de la *condition* et doit en produire l'effet, c'est-à-dire que l'existence du droit auquel l'acte se rapporte est suspendue jusqu'à ce que l'événement arrive. Il suffit ici d'établir cette différence fondamentale dont nous tirerons par la suite des conséquences très-importantes.

Le mot *modus* a une signification assez vague. Comme terme technique, désignant une clause qui produit des effets déterminés, il ne se rencontre guère que dans les actes de libéralité, par exemple dans les donations et dans les testaments. Il a pour but d'imposer certaines obligations à la personne à laquelle on accorde la libéralité. Dans le langage vulgaire, et même dans celui de nos jurisconsultes, le *modus* est quelquefois appelé *conditio* [48]. Cependant le modus proprement dit diffère de la condition en ce que 1° le *modus* ne suspend pas l'effet de l'acte auquel il est ajouté; souvent même le produit de l'acte doit servir à l'exécution du *modus;* 2° on ne peut pas exiger l'accomplissement de la condition quand même elle dépendrait de la volonté de la personne qui doit acquérir le droit, tandis qu'on peut exiger l'exécution du *modus* de la part de celui qui en est chargé [49]. Au reste, il est évident que si les parties ont donné la qualification de *modus* à un fait de l'accomplissement duquel dépend l'acquisition du droit, ce fait constitue une véritable condition et en produit les effets.

Observation. En général, pour déterminer la nature et les effets des conventions particulières ajoutées à un acte, il faut plutôt

[47] Par exemple Fr. 8, § 7, D., *de condit. instit.* 28, 7. — Fr. 41, D., *de manumiss. testam.* 40, 4.

[48] Fr. 80 in f. D., *de cond. et dem.* 35, 1. « ... Nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit, *si* monumentum fecerit, et eum, cui datum est, *ut* monumentum faciat. »

[49] Fr. 17, § 2, D., *de manumiss. testam.* 40, 4. « Hac scriptura testamenti : *Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat*, an sub conditione libertas videatur ? quæsitum est. Respondit : pure quidem datam libertatem videri, et illam adjectionem, *ita ut rationes reddat*, conditionem libertati non injicere, tamen, quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas. » — Fr. 44, D., *eod.* — Fr. 41, pr. D., *de contr. emt.* 18, 1. « ... Si vero sub conditione facta emtio est, non poterit agi, ut conditio impleatur. »

considérer l'intention des parties que les termes dont elles se sont servies. Cela s'applique même à l'interprétation de plusieurs passages de nos sources. Nous avons déjà cité quelques textes dans lesquels les termes *conditio, dies* et *modus* sont employés l'un pour l'autre. —Il importe de mentionner encore une acception toute particulière du mot *dies* dans les phrases *dies cedit* ou *cessit* et *dies venit*. On dit que *dies cedit* ou *cessit* du jour où l'on a acquis un droit, tandis que *dies venit* alors qu'on peut en exiger l'exécution. Dans les actes qui ne contiennent ni terme, ni condition, *dies cedit* et *venit* au moment de la passation de l'acte; dans un acte qui contient un terme sans condition, *dies cedit* à l'instant, tandis que *dies venit* à l'arrivée du terme [50].

DE L'INTERPRÉTATION DES ACTES.

§ 123.

L'acte juridique étant une déclaration de volonté, il faut avant tout rechercher quel a été le but que les personnes qui l'ont fait s'étaient proposé. Dans l'interprétation des termes employés, nous nous arrêterons ordinairement au sens que l'usage leur attribue [51] : toutefois nous serons obligé de nous écarter de cette règle quand il résultera évidemment des circonstances, qu'on leur a voulu donner une autre signification, * *quilibet est optimus verborum suorum interpres* * [52]; car on doit, en général, avoir plus d'égard à l'intention des parties qu'au sens littéral des termes [53].

[50] Fr. 31. 3, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Cedere diem* significat, incipere deberi pecuniam : *venire diem* significat, cum diem venisse, quo pecunia peti possit. Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et venit dies; ubi in diem, cessit dies, sed nondum venit; ubi sub conditione, neque cessit, neque venit dies, pendente adhuc conditione. »

[51] Fr. 25, § 1, D., *de legatis III* (32). « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstio. » — Fr. 69, pr. D., *eod.* « Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam cum manifestum est aliud sanxisse testatorem. » —On trouve des applications de cette règle Fr. 9-12, D., *de tritico, vino vel oleo leg.* 33, 6.

[52] Fr. 96, D., *de reg. juris.* 50, 17. « In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset. » — Fr. 21, § 1, D., *qui testam. fac.* 28, 1. — Dans les actes bilatéraux, il est évident que c'est la volonté commune des deux parties qui doit décider. Sous ce rapport la manière dont l'acte a été exécuté par les deux parties peut souvent nous guider dans l'interprétation de l'acte.

[53] Fr. 219, D., *de verb. signif.* 50. 16. « In conventionibus contrahentium

Les termes susceptibles de deux sens doivent être pris dans le sens qui convient le plus à la nature de l'acte. * *Interpretatio facienda est secundum naturam negotii* * [54].—Dans le doute, les actes bilatéraux s'interprètent contre celui en faveur de qui ils sont faits, parce qu'il n'a qu'à s'imputer à lui-même de n'avoir pas mieux déterminé la nature de l'avantage qu'il veut obtenir. * *Interpretatio facienda est contra eum qui clarius loqui potuisset ac debuisset* *. Il en résulte que dans les obligations l'interprétation des points douteux doit se faire en faveur du débiteur [55], et que particulièrement, quand le doute se rapporte à la quotité de la dette, on doit toujours admettre la moindre quotité. *Semper in obscuris, quod minimum est sequimur* [56]. Cette règle est encore fondée sur ce qu'on ne doit pas admettre sans motif que quelqu'un ait voulu s'imposer une obligation ou se priver de quelque chose. C'est par des motifs analogues que les actes de pure libéralité ne se présument pas facilement, et que les renonciations doivent toujours être interprétées de la manière la plus étroite [57].

Il va sans dire que dans un acte qui contient diverses dispositions connexes, toutes les clauses doivent s'interpréter les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui résulte de l'acte entier.

Enfin, comme on ne peut raisonnablement pas supposer que les parties aient voulu faire quelque chose d'inutile ou d'illusoire [58],

voluntatem potius, quam verba spectari placuit... »—Fr. 24, D., *de reb. dub.* 34, 5. — L. 3, C., *de liber. præter.* 6, 28. — L. 25, § 1, in f. C., *de legatis* 6, 37.

[54] Fr. 67, *de reg. juris* 50, 17. « Quoties idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum excipiatur, quæ *rei gerendæ aptior est.* »—Fr. 11, § 1, D., *de act. emti et vend.* 19, 1.—Fr. 29, D., *locati* 19, 2. — Fr. 16, D., *de condit. et demonst.* 35, 1. — Fr. 43, pr. D., *de damno inf.* 39, 2.

[55] Fr. 26, D., *de reb. dub.* 34, 5. « Cum quæritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est. » — Fr. 38, § 18, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 99, pr. D., *eod.* « Quidquid adstringendæ obligationis est, id, nisi palam verbis exprimitur, omissum intelligendum est ; ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit, verba late concipere... » — Fr. 172, pr. D., *de reg. juris* 50, 17. « In contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est. » — Fr. 39, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 21. 33, D., *de contrah. emt.* 18, 1.

[56] Fr. 9. 34, D., *de regulis juris* 50, 17.

[57] Arg. Fr. 25, D., *de probat.* 22, 3. — Fr. 47, § 1, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. ult. § 3, D., *de cond. indeb.* 12, 6. — Arg. L. 21, C., *ad Sc. Vellej.* 4, 29.

[58] Fr. 67, *de reg. juris* 50. 17. Voy. note 54.

on doit, autant que possible, interpréter les dispositions d'un acte dans le sens avec lequel elles peuvent avoir quelque effet [59].

DU TEMPS.

§ 124. *Computatio civilis. Computatio naturalis.*

En droit romain on distingue les parties suivantes du temps :

1° Le *jour* (*dies*), qui peut être *civil* ou *naturel*. Le *dies civilis* commence à minuit pour finir à minuit, et se divise en vingt-quatre heures égales [60]. Le *dies naturalis* est l'espace qui s'écoule entre deux levers de soleil. Dans cet espace on comptait douze heures de jour depuis le lever jusqu'au coucher du soleil, et douze heures de nuit depuis le coucher du soleil jusqu'au lever suivant, de sorte que la durée des heures variait selon la longueur du jour et de la nuit. Toutefois d'après cette manière de compter, midi est toujours la sixième heure du jour, *sexta hora diei*, et minuit la sixième heure de la nuit, *sexta hora noctis* [61]. Quoique dans la vie ordinaire on se servit de cette manière de fixer le temps, nos jùrisconsultes prennent cependant habituellement le *dies civilis* pour base de leurs calculs.

2° Le *mois* (*mensis*). Quand il y a une date déterminée, on compte d'après le calendrier; mais quand il s'agit d'un délai de plusieurs mois pris globalement, le mois est censé avoir trente jours [62].

[59] Fr. 80, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Quoties in stipulationibus ambigua oratio est, commodissimum est, id accipi, quo res, qua de agitur, in tuto sit. » — Fr. 12, D., *de reb. dub.* 34, 5. — Fr. 21, D., *eod.* — Fr. 34, § 1, D., *de leg. II* (32). — Toutefois « quæ... ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent. » Fr. 73, § 3, D., *de reg. juris* 50, 17. Voyez encore Fr. 188, pr. D., *eod.* — Fr. 10, pr. Fr. 27, D., *de rebus dubiis* 34, 5.

[60] Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12. « More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur... » — Aulu Gelle, III, 2 in f. — Macrobe, *Sat.* I, 3. — Censorin., *de die nat.*, c. 23. « Ceterum Romani a media nocte ad mediam noctem diem esse existimaverunt. »

[61] Censorin., *de die nat.*, c. 23. « *Naturalis* dies est tempus ab oriente sole ad occasum, cujus contrarium tempus est nox, ab occasu solis usque ad exortum... In horas duodecim divisum esse diem, noctesque in totidem, vulgo notum, sed hoc credo Romæ post reperta solaria observatum. »

[62] Fr. 28 et 31, § 22, D., *de Ædil. ed.* 21, 1. — L. ult. § 2 et 11, C., *de jure deliber.* 6, 30. — *Nov.* 115, c. 2. — Au reste dans quelques cas la loi détermine la durée du mois d'une manière différente. L. 5. pr. C., *de temporibus*

3° L'*année* (*annus*) compte 365 jours. L'année bissextile, qui a 366 jours, ne compte cependant que comme une année ordinaire, le jour intercalaire, qui est le 24 février, étant censé ne faire qu'un jour avec le 25 février. En d'autres termes, tout ce qui a eu lieu le 24 février est considéré comme se passant le jour suivant [63]. C'est pourquoi le 24 février est appelé *sextus posterior*, tandis que le 25 s'appelle *sextus prior* [64].

Pour déterminer le moment auquel un délai expire, nous trouvons chez les Romains deux modes différents de compter. A la rigueur, un délai n'est expiré que pour autant que le dernier moment en soit écoulé : tant que la plus petite partie du délai manque, il n'est pas accompli. Il faudrait donc compter depuis le premier moment jusqu'au dernier, *a momento ad momentum* [65]. Cette manière de compter qu'on appelle *computatio naturalis* est, à la vérité, la plus exacte; mais elle ne laisse pas de présenter quelque inconvénient. Car dans la plupart des cas, on ignore le moment précis où un délai a commencé, et par conséquent celui auquel il doit finir [66]. C'est par ce motif qu'en droit on ne tient pas

appellat. VII, 63. « ... Trium mensium spatiis, id est, nonaginta tribus diebus... » — Sur le Fr. 101, D., *de reg. juris* 50, 17, voy. la note 68.

[63] Fr. 98, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « Cum bissextum Calendis est, nihil refert, utrum priore an posteriore die quis natus sit, et deinceps sextum Calendas ejus natalis dies est : *nam id biduum pro uno die habetur :* sed posterior dies intercalatur, non prior : ideo, quo anno intercalatum non est sexto Calendas natus, cum bissextum Calendis est, priorem diem natalem habet. » — Fr. 3, § 3, in f. D., *de minor.* 4, 4.

[64] Pour comprendre cette terminologie il faut se rappeler la manière dont les Romains comptaient les jours des mois. Le 1er mars était *Kalendæ Martiæ.* Puis :

Le 29 février	était	Pridie Kal. Mart.	
Le 28 —	—	Tertius ante K. M.	
Le 27 —	—	Quartus.	
Le 26 —	—	Quintus.	
Le 25 —	—	Sextus prior	Bissextus dies.
Le 24 jour intercalaire,		Sextus posterior.	
Le 23 —	—	Septimus, etc.	

[65] Fr. 6, D., *de usurpat.* 41, 3. « In usucapionibus non *a momento ad momentum,* sed totum postremum diem computamus. »

[66] Cette considération se trouve dans une autre application au Fr. 8, D., *de feriis* 2, 12. « More Romano dies a media nocte incipit, et sequentis noctis media parte finitur. Itaque quidquid in his viginti quatuor horis, id est, duabus dimidiatis noctibus et luce media actum est, perinde est, quasi quavis hora lucis actum esset. »

toujours compte des petites divisions du temps, et que dans beaucoup de cas un délai est censé accompli dès que le dernier jour en est arrivé, ou, comme on dit ordinairement, * *dies novissimus cœptus pro jam completo habetur* * [67]. On appelle cette manière de compter * *computatio civilis* *.

Quoique la *computatio naturalis* doive former la règle [68], le droit romain emploie cependant fréquemment l'autre manière de compter, particulièrement quand il s'agit de l'acquisition d'un droit ou d'une qualité; par exemple, pour le délai de l'usucapion, pour la capacité de tester, pour déterminer l'âge qui donne le droit d'affranchir un esclave, etc. [69].

§ 125. *Continuum, utile tempus.*

Dans l'ancien droit, le nombre des jours auxquels il était permis d'agir en justice, *dies fasti,* était fort restreint (§ 45). Il en résultait souvent qu'un espace de temps assez long n'offrait en réalité aux parties qu'un petit nombre de jours, puisque de fait tous les jours néfastes étaient inutiles dans le délai. Cela était surtout sensible dans les délais ordinairement très-courts que les préteurs fixaient pour l'exercice des actions nouvelles ou des autres remèdes de

[67] Quelques auteurs, se trompant sur le motif de cette règle, l'ont étendue d'une manière arbitraire aux autres divisions du temps en soutenant qu'un mois, ou un an, etc., commencés devaient être considérés comme étant déjà accomplis. Cette extension ne peut point être justifiée; la disposition du Fr. 8, D., *de muner.* 50, 4, reproduite dans le Fr. 74, § 1, D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1, ne saurait être appliquée par analogie.

[68] C'est ainsi que l'on réussit à concilier le Fr. 101, D., *de reg. juris* 50, 17 avec la règle que nous avons donnée à la note 62. Le sens de ce fragment « Ubi lex duorum mensium fecit mentionem, et qui sexagesimo et primo die venerit, audiendus est » est tout simplement : « Un délai n'est pas accompli avant que le dernier moment ne soit écoulé. Si la loi fixe un délai, on ne doit pas appliquer la règle que *dies cœptus pro completo habetur.* Par conséquent le délai de deux mois ayant commencé *pendant* la première journée n'est pas encore accompli au commencement de la soixante et unième journée. » — C'est de la même manière qu'on doit expliquer le Fr. 3, § 3, D., *de minor.* 4, 4.

[69] A). Gaius, 1, 111 et Aulu-Gelle, *N. A.*, III, 2 in f., comparés avec Fr. 15, pr. D., *de divers. tempor. præscr.* 44, 3. — Fr. 6. 7, D., *de usurp. et usuc.* 41, 3. B) Fr. 5, D., *qui test. fac. poss.* C) Fr. 1, D., *de manumiss.* 40, 1. — Ajoutons encore qu'on suivait ce mode civil pour déterminer l'âge de l'*anniculus.* (Voy. § 97, note 23). Fr. 134, D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Anniculus* non statim, ut natus est, sed trecentesimo sexagesimo quinto die dicitur, incipiente plane, non exacto die, quia annum civiliter, non ad momenta temporum, sed ad dies numeramus. »

droit qu'ils créaient. Pour ne pas contrarier l'équité, dont ils se rendaient habituellement les interprètes, ces magistrats décomptaient donc les jours néfastes, et ne faisaient entrer dans les délais que les jours où les parties étaient réellement à même de s'adresser à la justice. Les délais qu'on comptait ainsi étaient appelés *utiles,* tandis qu'on donnait le nom de *continuum tempus* à un délai dans lequel tous les jours sans distinction étaient comptés. Par la suite, quand la distinction en *dies fasti* et *nefasti* eut disparu, on nomma *temps utile* celui dans lequel on ne comptait que les jours auxquels la partie avait pu agir en justice (*experiundi potestatem habere*), en négligeant les jours où, par un obstacle quelconque, elle n'avait pas joui de cette faculté [70].

Parmi ces obstacles, les commentateurs ont particulièrement distingué celui qui résulte de ce que la partie ignore l'existence d'un droit qui lui est ouvert. Ils ont appelé * *utile ratione initii* * le délai qui ne court qu'à partir du moment où elle a connu le fait qui donne naissance à ce droit [71]. Par contre, ils entendent par * *continuum ratione initii* * le délai qui commence à une époque déterminée, sans que l'on ait égard à l'ignorance des par-

[70] Fr. 2, pr. D. *quis ordo in possess. serv.* 38, 15. « *Utile tempus* est bonorum possessionum admittendarum. Ita autem utile tempus est, ut singuli dies in eo utiles sint; scilicet, ut per singulos dies et scierit et potuerit admittere : ceterum quacunque die nescierit aut non potuerit, nulla dubitatio est, quin dies ei non cedat. » — Fr. 1, D., *de divers. temporal. præscript.* 44, 3. « Quia tractatus de *utilibus diebus* frequens est, videamus, quid sit, *experiundi potestatem habere.* Et quidem inprimis exigendum est, ut sit facultas agendi; neque sufficit reo experiundi secum facere potestatem, vel habere eum qui se idonee defendat, nisi actor quoque nulla idonea causa impediatur experiri. Proinde sive apud hostes sit, sive reipublicæ causa absit, sive in vinculis sit, aut si tempestate in loco aliquo vel in regione detineatur, ut neque experiri, neque mandare possit, experiundi potestatem non habet. Plane is qui valetudine impeditur, ut mandare possit, in ea causa est, ut experiundi habeat potestatem. Illud utique neminem fugit, experiundi potestatem non habere eum, qui Prætoris copiam non habuit; proinde hi dies cedunt quibus jus Prætor reddit. » — Voyez encore Gaius, II, 171-173. — Ulpien, XXII, 31-32. — Fr. 5, § 14, D., *quæ in fraudem credit.* 42, 8, et la note 71. Pour mettre fin aux incertitudes que cette notion vague devait faire naître, Justinien remplaça le délai utile d'un an, *annus utilis,* fixé pour la restitution en entier, par celui de quatre années continues, *quadriennium continuum.* L. 7, C., *de temp. in int. rest.* 2, 53. Il eût été sans doute plus rationnel d'étendre cette disposition à tous les délais utiles; mais la constitution citée ne parle que des restitutions en entier.

[71] Fr. 6, D., *de calumn.* 3, 6. — Fr. 55, D., *de Ædil. ed.* 21, 1. — L. 2, C., *qui admitt. ad bonor. possess.* 6, 9.

ties intéressées. Pour distinguer cette acception particulière des autres cas compris dans la notion romaine, on a l'habitude de désigner ces derniers par les termes : * *tempus utile, continuum ratione cursus* * [72].

Au reste, dans quelque acception que l'on prenne les termes, le *continuum tempus* forme toujours la règle; les délais ne sont *utiles* que lorsque la loi les déclare tels.

TITRE CINQUIÈME.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS.

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE EXTRAJUDICIAIRE.

§ 126. *On ne doit pas se faire justice à soi-même.—Jus retentionis.*

Quand un droit que la loi nous reconnait est contesté ou lésé, nous pouvons nous adresser à l'autorité judiciaire, à l'effet d'obtenir le maintien de l'état actuel des choses ou la réparation du préjudice qui nous a été causé. En général, il ne nous est pas permis de nous faire justice à nous-mêmes. Nous ne pouvons ni nous emparer de la chose détenue par un autre en nous fondant sur ce qu'elle nous appartient, ni retenir la chose d'un autre, afin de le forcer à nous faire une prestation que nous soutenons nous être due.

Ce principe ne se trouvait pas écrit d'une manière aussi générale dans la législation romaine; mais il était consacré par différentes dispositions particulières qui furent étendues par la suite et finirent par embrasser tous les cas imaginables. D'abord celui qui, pour se rendre justice à lui-même, employait des voies de fait, était passible des peines comminées par les lois criminelles parmi

[72] En analysant les différents cas qui peuvent se présenter, on arrive aux combinaisons suivantes : *tempus continuum ratione initii et ratione cursus,* le délai ordinaire; *tempus continuum ratione initii, utile ratione cursus; tempus utile ratione initii, continuum ratione cursus; tempus utile ratione initii et ratione cursus.*

lesquelles on distingue surtout la loi *Julia de vi* [1]. Nous verrons ci-après que toute tentative de ce genre, qui était dirigée contre la chose détenue par un autre, était aussi civilement réprimée par les *interdits possessoires,* actions accordées à quiconque possède une chose, abstraction faite de la question de savoir, s'il a ou non le droit de la posséder. Il en résultait qu'il n'était point permis même au propriétaire de la chose, de s'en emparer contre la volonté de la personne qui la possédait, et qu'il était obligé de suivre la voie légale pour la recouvrer. Sous ce rapport, les interdits possessoires étaient donc indirectement une barrière puissante contre tout essai de se faire justice à soi-même; mais ils ne servaient que pour les choses susceptibles d'être possédées : ils ne s'appliquaient pas aux obligations [2].

Cette lacune fut comblée par diverses constitutions impériales. D'abord un décret de Marc-Aurèle avait fait perdre sa créance, *jus crediti*, à un créancier qui, de sa propre autorité, s'était emparé d'une chose qui lui était due [3]. Après quelques modifications, il fut posé en principe que celui qui se mettrait par force en possession d'une chose encourrait, en faveur de la personne attaquée, une peine égale à la valeur de l'objet, c'est-à-dire, qu'il perdrait la chose si le droit lui appartenait réellement, et qu'au cas contraire il devrait en donner la valeur [4].

[1] § 6, I., *de interdictis* 4, 15. — Titt. D., *ad legem Jul. de vi publ. et priv.* 43, 6. 7. — Tit. Th. C., *eod.* 9, 10. — Tit. I., C., *eod.* 9, 12. —Voyez encore Tit. I., *de vi bon. rapt.* 4, 2. — Tit. D., *vi bon. rapt.* 47, 8. — Tit. C., *eod.* 9, 33.

[2] Voyez ci-après livre II, Introduction, chapitre II.

[3] Fr. 7, D., *ad legem Jul. de vi privata* 48, 7. « Creditores, si adversus debitores suos agant, per judicem id, quod deberi sibi putant, reposcere debent : alioquin, si in rem debitoris sui intraverint, nullo id concedente, Divus Marcus decrevit, jus crediti eos non habere. Verba decreti hæc sunt : *Optimum est ut si quas putas te habere petitiones, actionibus experiaris...* Et cum Marcianus diceret : *Vim nullam feci*, Cæsar dixit : *Tu vim putas esse solum si homines vulnerentur? Vis est et tunc, quoties quis id, quod deberi sibi putat, non per judicem reposcit : non puto autem nec verecundiæ, nec dignitati tuæ convenire quidquam non jure facere. Quisquis igitur probatus mihi fuerit, rem ullam debitoris non ab ipso sibi traditam sine ullo judice tenere possidere, eumque sibi jus in ea re dixisse, jus crediti non habebit.* — Voyez encore Fr. 12, § 2, Fr. 13, D., *quod metus causa* 4, 2.

[4] § 1, I., *de vi bonor. rapt.* 4, 2. « ... Melius divalibus constitutionibus... prospectum est, ut nemini liceat vi rapere rem mobilem, vel se moventem, licet suam eandem rem existimet : sed si quis contra statuta fecerit, rei quidem suæ dominio cadere; sin autem aliena sit, post restitutionem ejus, etiam

Au reste, si la loi punit la tentative de se faire justice soi-même, il n'en est pas moins permis de défendre, même d'une manière violente, son corps et ses biens contre des attaques injustes, pourvu que la défense reste dans les justes bornes. Ce droit, que les jurisconsultes font dériver du *jus naturæ*, est expressément reconnu par le *jus civile* et confirmé par plusieurs applications particulières [5]. On est même allé plus loin dans un cas où il a paru difficile de distinguer les limites entre l'attaque et la défense : la loi nous autorise à reprendre de vive force la possession d'une chose dont on nous a dépossédé violemment; mais il faut que nous le fassions à l'instant même, *in ipso congressu* [6].

En général, nous ne pouvons pas non plus, de notre seule autorité, retenir la chose d'un autre sous prétexte qu'il nous doit [7]. Cependant la loi nous le permet dans certains cas où il y a connexité entre la chose et la créance que nous voulons faire valoir, *retentio*, * *jus retentionis* *; notamment : 1° à cause de dépenses faites pour l'acquisition et la conservation de la chose en question [8];

æstimationem ejusdem rei præstare. Quod non solum in mobilibus rebus, quæ rapi possunt, constitutiones obtinere censuerunt, sed etiam in invasionibus, quæ circa res soli fiunt, ut ex hac causa omni rapina homines abstineant. » — Voyez encore L. 5, Th. C., *ad leg. Jul. de vi* 9, 10. — Fr. 13, D., *quod metus causa*. — L. 7. 10, C., *unde vi* 8, 4, et § 6, I., *de interdictis* 4, 15.

[5] *Inculpata tutela, inculpatæ tutelæ moderatio*. Fr. 3, D., *de justitia et jure* 1, 1. « ... Nam jure hoc (gentium) evenit. ut, quod quisque ob tutelam corporis sui fecerit, jure fecisse existimetur... » — Fr. 1, § 27, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Vim vi repellere licere, Cassius scribit, idque jus natura comparatur. » — L. 1, C., *unde vi* 8, 4. « Recte possidenti, ad defendendam possessionem, quam sine vitio tenebat, inculpatæ tutelæ moderatione illatam vim propulsare licet. » — Déjà la loi des Douze Tables permettait de tuer le voleur surpris la nuit en flagrant délit, ou surpris le jour dans le même délit étant armé. § 2, I., *de lege Aquilia* 4, 3. — Fr. 1, § 1, Fr. 5, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 54, § 2, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 9, D., *ad leg. Cornel.* 48, 8. — D'autres exemples *de légitime défense :* Fr. 29, § 1, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 3, § 9, D., *de vi et vi arm.* 43, 16. — L. 1, C., *unde vi* 8, 4. — L. 3. 4, C., *ad legem Corn. de sicariis* 9, 16.

[6] Fr. 17, D., *de vi et vi armata* 43, 16. « Qui possessionem vi ereptam, vi *in ipso congressu* receperit, in pristinam causam reverti potius quam vi possidere intelligendus est... »

[7] L. 4, C., *commodati* 4, 23. « Prætextu debiti restitutio commodati non probabiliter recusatur. »

[8] Fr. 14, § 1, D., *communi dividundo* 10, 3. « Impendia autem, quæ, dum proprium meum fundum existimo, feci,... si vindicaretur fundi pars, per exceptionem doli retinere... » — Fr. 8, pr. D., *de pignor. act.* 13, 7. « Si necessarias impensas fecerim in servum aut in fundum, quem pignoris causa

2° quand nous avons éprouvé un dommage par la chose même que nous retenons [9]. Toutefois, même dans ces cas, le *jus retentionis* ne peut être exercé qu'à la condition que notre possession n'ait pas été établie d'une manière illégale [10].

DES MOYENS DE FAIRE VALOIR LES DROITS PAR VOIE JUDICIAIRE.

DES ACTIONS.

I. — Introduction historique.

OBSERVATIONS PRÉLIMINAIRES.

§ 127.

Nous avons souvent eu l'occasion de faire remarquer le caractère exclusif et rigoureux du droit civil des Romains. Le titre des actions nous en fournit de nouvelles preuves. *Actio* est le terme technique pour désigner les moyens que la loi offre aux particuliers à l'effet de faire valoir leurs droits. Or, comme de fait un droit n'a d'utilité que pour autant qu'on puisse le faire valoir, on s'habitua bientôt à considérer l'action comme devant nécessairement accompagner tout droit : et dans le langage des Romains un rapport quelconque ne reçoit le nom de *droit*, que lorsque la loi positive a créé une *action* pour le protéger [11]. L'efficacité de cette protection

acceperim, non tantum *retentionem*, sed etiam contrariam pignoratitiam actionem habebo. Finge enim medicis, cum ægrotaret servus, dedisse me pecuniam, et eum decessisse : item insulam fulsisse vel refecisse, et postea deustam esse, nec habere, quod possem retinere. » — Voyez encore Fr. 50, § 1, D., *de heredit. pet.* 5, 3. — Fr. 27, § 5. Fr. 48, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 18, § 4, D., *commodati* 13, 5. — Fr. 2, pr. D., *de lege Rhodia de jactu* 14, 2. — Fr. 1, pr. D., *quibus modis pign. solv.* 20, 6. — Fr. 15, § 2, D., *de furtis* 47, 2.

[9] Fr. 9, § 3, D., *de damno infecto* 39, 2. « Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de præterito quoque damno mihi cavisses. » (Fr. 8, D., *de incendio, ruina, naufr.* 46. 9.)

[10] Fr. 25, D., *de pignor.* 20, 1. « Cum vitiose, vel inutiliter contractus pignoris intercedat, retentioni locus non est... » — Voyez encore la L. 1, C., *unde vi*, citée à la note 5.

[11] C'est ainsi qu'on refuse le nom d'*obligation* à l'obligation naturelle qui

consiste dans la condamnation de celui qui a lésé ou contesté notre droit. Or la nature de la condamnation était chez les Romains déterminée d'avance par des formules conçues en des termes sacramentels. Il en résultait qu'une demande qui ne s'adaptait pas entièrement à une formule existante, ne pouvait être admise quand même elle aurait été conforme aux idées de justice et d'équité : le droit civil n'avait pas créé de condamnation pour ce cas; par conséquent personne ne pouvait invoquer de ce chef la protection des magistrats établis par le *jus civile* [12]. A la longue cependant, ce système étroit dut paraître insuffisant. Les transactions sociales faisaient naître des rapports de droit que la loi n'avait pas prévus, et l'extension du commerce exigeait des réformes que la législature ne pouvait pas toujours effectuer. Le préteur, les jurisconsultes et les empereurs comblèrent cette lacune : ils créèrent des actions nouvelles, et par là ils attribuèrent le caractère de *droit* à des relations qui ne l'avaient pas eu auparavant. Car, avoir une action, c'est avoir un droit, puisque l'action n'est autre chose que le moyen civil de faire valoir un droit. Aussi dans la pratique romaine les mots *action* et *droit* sont synonymes à tel point, que dans la plupart des cas, quand il s'agit de déterminer la nature d'une relation quelconque, les jurisconsultes ne se demandent pas quel est le droit qui en résulte, mais bien quelle est l'action qu'on peut intenter de ce chef.

D'après cela, on comprendra aisément combien la connaissance de la théorie des actions est nécessaire à quiconque veut saisir le droit romain dans son développement successif. A la rigueur nous n'aurions point à nous occuper de la procédure; toutefois, comme les formes de la procédure ont exercé une influence notable, même sur le droit matériel, il sera nécessaire d'en dire quelques mots.

n'est point protégée par une action. Fr. 7, § 4, D., *de pactis* 2, 14. « Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui *obligationem*. Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem. » Voyez encore Fr. 10, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[12] Pour donner une idée de l'extrême sévérité avec laquelle ce principe était appliqué, nous pouvons nous borner à citer un passage de Gaius, IV, 11. « ... Unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione *vites* nominaret, responsum est, rem perdidisse, quia debuisset *arbores* nominare, eo quod lex XII tabularum, ex qua de vitibus succisis, actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. »

MODE DE PROCÉDER.

§ 128. *Judicia ordinaria, judicia extraordinaria.*

Ce que nous appelons *pouvoir judiciaire,* n'existait point à Rome comme un pouvoir séparé; il était exercé par les magistrats revêtus du *pouvoir exécutif,* savoir, dans le principe, par les Rois, et ensuite par les Consuls. Ce ne fut qu'en 387 qu'on érigea une magistrature particulière pour l'administration de la justice, et encore la *préture* participait-elle du pouvoir exécutif [13]. A côté des préteurs se trouvaient d'autres autorités judiciaires constituées pour des cas particuliers; parmi elles nous remarquons surtout les Édiles chargés de la connaissance des contestations relatives aux ventes sur les marchés publics. Nous avons exposé ailleurs l'organisation judiciaire dans les villes et dans les provinces, ainsi que les changements que les Empereurs introduisirent dans l'administration de la justice. (Voyez ci-dessus, §§ 35-37, 55-57, 67.)

Nous n'avons point de renseignements sur le système de procédure en vigueur sous les Rois. Dans les temps suivants nous trouvons une idée fondamentale qui domine toute la procédure : c'est la séparation des points de droit et des points de fait. Les

[13] Le pouvoir des magistrats romains en général est désigné par le mot *imperium.* Il est impossible de donner une définition exacte de ce terme. Cela s'explique aisément pour l'époque républicaine où le pouvoir des magistrats n'avait d'autres limites que celles que la volonté de la nation lui traçait (Voyez § 27). Pour se convaincre que l'on ne distinguait pas l'exercice du pouvoir exécutif de l'exercice du pouvoir judiciaire, il suffit de se rappeler ce que nous avons dit sur l'administration de la justice. Aussi trouvons-nous des termes, qui ne semblent appartenir qu'au pouvoir judiciaire, par exemple *judicare*, appliqués à tous les magistrats sans distinction. Nous nous bornons à citer le célèbre passage de Cicéron. *de legibus III,* 3. — L'idée de l'*imperium*, qui s'était ainsi formée historiquement, resta vague encore sous l'empire. Nous trouvons à la vérité un essai de distinction dans un passage très-connu d'Ulpien, Fr. 3, D., *de jurisdictione* 2, 1. « *Imperium* aut *merum* est aut *mixtum* est. *Merum* est imperium. habere gladii potestatem ad animadvertendum facinorosos homines, quod etiam Potestas appellatur. *Mixtum* est imperium, cui etiam *jurisdictio* inest, quod in danda bonorum possessione consistit. Jurisdictio est etiam judicis dandi licentia.» Mais il est facile de voir que l'exposé d'Ulpien n'est pas complet ; et en comparant ce passage avec d'autres textes, notamment avec les Fr. 1. 2. 4, D., *eod.*, et le Tit. D., *de offic. ejus, cui mandata est jurisdictio* 1, 21, on acquiert la conviction, que cette terminologie n'était pas même généralement adoptée et comprise d'une manière uniforme.

plaideurs se présentaient devant le préteur et lui exposaient leurs prétentions respectives. Si dès le premier abord tous les faits étaient clairs, le préteur condamnait ou renvoyait le défendeur sur-le-champ ; mais ce cas était naturellement fort rare. Or, toutes les fois qu'il y avait contestation sur les faits allégués par les parties, le magistrat ne jugeait point l'affaire, il se bornait à l'instruire, c'est-à-dire, il examinait si, en supposant vrais les faits avancés par le demandeur, ses prétentions méritaient la protection qu'il réclamait. En cas d'affirmative, il constatait le point sur lequel roulait la contestation et renvoyait les parties devant un juge, *judex,* qui alors avait à prononcer. A cet effet, le préteur donnait au demandeur une instruction, *formula,* par laquelle il ordonnait au juge de condamner le défendeur, si les faits allégués par le demandeur étaient établis, et de le renvoyer des poursuites dans le cas contraire : *si paret, condemna ; si non paret, absolve.* C'était donc devant le juge que la preuve des faits devait être fournie, après que le préteur avait déjà préjugé la question de droit. Tout ce qui se faisait devant le magistrat, s'appelait *in jure actum ;* les opérations devant le *judex* étaient des actes *in judicio.* Les procès instruits et jugés d'après ces règles, étaient nommés *judicia ordinaria, ordo judiciorum privatorum* [14]. — Ce mode de procéder avait lieu

Aussi les expressions des jurisconsultes sont-elles plus ou moins vagues quand il s'agit d'appliquer ces termes à des cas donnés. Ainsi Paul, Fr. 26, D., *ad municip.* 50, 1, refuse au magistrat municipal le pouvoir de faire certains actes, parce que ces actes « *magis* imperii sunt quam jurisdictionis ; » et la même raison se trouve dans un passage d'Ulpien, Fr. 4, D., *de jurisd.* 2, 1.— Quelque choquante que paraisse cette incertitude sous le point de vue théorique, il est probable que dans la pratique elle entraînait moins d'inconvénients qu'on ne pourrait le croire au premier abord. Que ceux qui s'en étonnent se rappellent combien peu encore nos idées sur la division des pouvoirs sont arrêtées aujourd'hui. Et pour citer un exemple plus pratique, le terme « droits civils » que nous voyons employé sans scrupule dans nos codes, dans nos constitutions, dans nos ouvrages théoriques, a-t-il une signification beaucoup plus précise que le terme romain dont nous venons de parler?

[14] La séparation du *jus* et du *judicium* se trouvait-elle déjà dans la loi des Douze Tables, ou a-t-elle été introduite plus tard ? Il est impossible de répondre d'une manière certaine à cette question. Toutefois il est probable que dans le principe le magistrat chargé de la justice jugeait à la fois les questions de fait et les questions de droit, et que ce fut l'accroissement des affaires qui l'obligea par la suite à confier à un *judex privatus* l'examen d'une partie du procès. Ceci nous expliquerait aussi pourquoi les juges étaient choisis par les parties mêmes. Voyez ci-après § 132, et Cicéron, *pro Cluentio* 43. « Neminem voluerunt majores nostri non modo de existimatione cujusquam, sed ne pecuniaria

non-seulement devant les préteurs, mais aussi devant les édiles [15]. Dans les municipes, les *duumviri juri dicundo*, et les préfets suivaient le même système [16], ainsi que les gouverneurs et les questeurs dans les provinces [17]. Les Empereurs encore et leurs délégués, le préfet du prétoire et le préfet de la ville, rendaient souvent justice de cette manière [18].

Toutefois, des exceptions à cette procédure ordinaire avaient probablement déjà été introduites du temps de la République. Parfois, en effet, le préteur pouvait trouver convenable de se charger exceptionnellement, *extra ordinem*, de l'examen des faits contentieux. Il réunissait alors en lui les fonctions de magistrat et de juge. Cela s'appelait *cognoscere* [19]; et les procès jugés de cette manière recevaient le nom de *extraordinariæ cognitiones, extraordi-*

quidem de re minima esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. »

[15] Voyez entre autres Fr. 63, D., *de Ædilitio edicto* 21, 1.

[16] La LOI RUBRIA DE GALLIA CISALPINA contient même quelques modèles de *formules* à donner aux *judices*. Voyez *chap.* 20 : « ... Duumvir, quatuorvir, præfectusve... ita jus dicito, judicia dato, judicarique jubeto... Judicium det itaque judicare jubeat : JUDEX FIAT, etc. » — Une loi agraire, connue sous le nom de *lex Mamilia* contient au chap. 5 le passage suivant. « ... Si quis adversus ea fecerit... H. S. XXV... dare damnas esto, deque ea re curatoris, qui hac lege erit, jurisdictio reciperatorumque datio addictio esto. » Voyez *Script. rei agr.*, éd. GOES., page 340 et M. GIRAUD, *Rei agrariæ scriptorum nobiliores reliquiæ*, p. 98. — Voyez aussi PAUL., *S. R.*, V, 5 A, 1. — Fr. 26. 28, D., *ad municip.* 50, 1.

[17] Voyez ci-dessus § 37, note 24-26. — Fr. 13, pr. § 1, D., *de jurisdict.* 2, 1. — Fr. 12, § 1, D., *de judiciis* 5, 1. — Le *procurator* ou *rationalis Cæsaris* qui dans les provinces de l'empereur remplissait les fonctions attribuées aux questeurs dans les autres provinces, n'avait point de *jurisdictio*. Fr. 23, § 1, D., *de appellat.* 49, 1. — L. 1, C., *de pedan. jud.* 3, 3. Cf. GAIUS, I, 6.

[18] A) Pour l'Empereur voyez Fr. 18, § 4, D., *de minor.* 4, 4. — SUÉTONE, *Néron*, 15 ; *Domitien*, 8. — DION CASSIUS, LX, 4. — B) Pour les deux préfets voyez Fr. 12, § 1, D., *de judiciis* 5, 1. — Fr. 1, pr. D., *quis et a quo appelletur* 49, 3.

[19] C'est là le sens propre des mots *cognoscere, cognitio*, et dans ce sens on les oppose à *jurisdictio, judicia ordinaria, actio, formula*. Voyez SUÉTONE, *Claud.* 15. « Negantem *cognitionis* rem, sed *ordinarii juris* esse. » — LE MÊME, *Néron*, 15. — ULPIEN, XXV, 12. — Fr. 99, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. — Le mot *cognoscere* est aussi employé quand c'est le *judex* qui examine à la fois le point de droit et le point de fait. Fr. 1, § 1, D., *famil. hercisc.* 10, 2. Fr. 5, § 9, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Fr. 135, § 2, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Au reste dans d'autres passages ces termes ont une signification plus ou moins étendue, et comprennent même l'examen d'une affaire ou la conduite d'une procédure en général.

naria judicia [20]. Les Empereurs employaient ce mode de procéder plus fréquemment, surtout quand ils jugeaient en appel. Leur exemple fut suivi par les fonctionnaires, et Dioclétien abolit enfin entièrement l'ancien *ordo judiciorum privatorum*. A partir de cette époque, la même autorité juge et les points de droit et les points de fait; et dans le droit de Justinien nous ne trouvons plus que cette procédure [21]. Cependant l'ancienne organisation a laissé des traces trop profondes de son influence pour qu'il soit permis de la passer entièrement sous silence.

§ 129. A. *Judicia ordinaria.* — 1. *Ancienne procédure par legis actiones.*

Anciennement les procès ne pouvaient être introduits qu'au moyen de certaines formalités sacramentelles, qu'on appelait *legis actiones*. D'après Gaïus, ce nom provient ou de ce qu'elles découlaient de la loi, ou bien de ce que les termes en étaient littéralement calqués sur le texte de la loi, de sorte que le moindre changement dans la rédaction aurait eu pour effet de rendre la demande non recevable [22].

Il y avait cinq *legis actiones*, dont quatre datent peut-être

[20] Tit. D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13. — Les mots *ordinaria* et *extraordinaria judicia* se rencontrent encore dans d'autres acceptions. Ainsi Théophile, ad Pr. I., *de success. subl.* 3, 12, appelle *ordinaria judicia* ceux qu'on poursuit pendant le temps des *conventus*, et *extraordinaria* ceux que l'on pouvait suivre en tout temps. Au Fr. 5, § 1. 2, D., *de recept. arbitr.* 3, 56, le jugement arbitral est appelé *extraordinaire* en opposition au jugement prononcé par le juge *ordinaire*.

[21] § 8, I., *de interdictis* 4, 15. « De ordine et vetere exitu interdictorum supervacuum est hodie dicere; nam quoties *extra ordinem* jus dicitur, *qualia sunt hodie omnia judicia...* » — Pr. I., *de success. subl.* 3, 12. « Tunc... quando *judicia ordinaria* in usu fuerunt: sed cum *extraordinariis judiciis* posteritas usa est... »

[22] Gaius, IV, 11. « Actiones, quas in usu veteres habuerunt, *legis actiones* appellabantur, vel ideo, quod legibus proditæ erant, quia tunc edicta prætoris quibus complures actiones introductæ sunt nondum in usu habebantur, vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatæ erant, et ideo immutabiles proinde atque leges observantur: unde eum, qui de vitibus succisis ita egisset, ut in actione vites nominaret, responsum rem perdidisse est, quia debuisset arbores nominare, eo quod lex XII tabularum ex qua de vitibus succisis actio competeret, generaliter de arboribus succisis loqueretur. » (Cf. Fr. 1. 11, D., *arborum furtim cæsarum.* 47, 7.)

de la loi des Douze Tables; la cinquième, *per condictionem*, est d'une origine plus récente.

1. *Legis actio per sacramentum, sacramenti actio*. C'était la forme générale pour toutes les contestations, à l'exception des cas particuliers dans lesquels les autres *legis actiones* souffraient application [23]. Cette procédure était basée sur une espèce de fiction. Les parties déposaient, probablement entre les mains des pontifes [24], une somme d'argent qui variait d'après l'objet du procès, *sacramentum* [25]. Il s'agissait alors de décider laquelle des deux parties avait fait un *sacramentum justum* [26] : celle dont le *sacramentum* était déclaré *injustum* perdait son dépôt en faveur de l'*ærarium* [27]. Le véritable objet de la contestation ne figurait que comme accessoire dans la procédure. — Le dépôt de la somme d'argent fut plus tard remplacé par des cautions qui s'obligeaient respectivement pour les parties, *prædes*, *sponsores* [28]. La loi *Pinaria* intro-

[23] Gaius, IV, 13. « Sacramenti actio generalis est : *de* quibus enim *rebus*, ut aliter ageretur, lege cautum non erat, de his sacramento agebatur... »

[24] Varron, *de l. l.*, IV, 36 (p. 29, éd. Gothofr.), dit que l'argent était disposé *ad pontem*. Il est probable que ces mots doivent être remplacés par « *ad pontificem* » ou « *apud pontifices*. » Voyez la note 27.

[25] Gaius, IV, 14. « Pœna autem sacramenti aut quingenaria erat, aut quinquagenaria. *Nam* de rebus M æris plurisve D assibus, de minoris *vero* L assibus sacramento contendebatur : nam *ita* lege XII tabularum cautum erat. At *si de libertate* hominis controversia erat, etsi pretiosissimus homo esset, tamen ut L assibus sacramento contenderetur, eadem lege cautum est favoris *causa, ne satisdatione* onerarentur adsertores... » Voyez encore Gaius, IV, 95.

[26] De là les termes *justo sacramento contendere, sacramentum justum judicare, injustis sacramentis petere*, Cic., *de Oratore* I, 10; *pro Cæc.* 33; *pro Milone* 27. — *Declam. pro domo* 29.

[27] Gaius, IV, 13. « ... Nam qui victus erat, summam sacramenti præstabat pœnæ nomine, eaque in publicum cedebat... » — Le même, IV, 16. — D'après Festus l'argent aurait été consacré au culte; et c'est même sur cet usage que Varron fonde l'étymologie du mot *sacramentum*. Varron, *de l. l.*, IV, 36 (p. 29, éd. Gothofr.). « Ea pecunia, quæ in judicium venit in litibus *sacramentum* a sacro. Qui petebat, et qui inficiabatur, de aliis rebus uterque D æris ad pontem deponebat, de aliis rebus item certo alio legitimo numero assium. Qui judicio vicerat, suum sacramentum a sacro auferebat; victi ad ærarium redibat. » — Festus, v. *sacramentum*. « ... Sacramenti autem nomine id æs dici cœptum est, quod propter ærarii inopiam et sacrorum publicorum multitudinem consumebatur in rebus divinis. » — Voyez cependant Isidore, *Orig.*, V, 24, in f. « Sacramentum ut pignus sponsionis : vocatum autem sacramentum, quia violare, quod quisque promittit, perfidiæ est. »

[28] Gaius, IV, 13. 16. — Tite-Live, III, 46. « Cum instaret adsertor puellæ, ut vindicaret, sponsoresque daret... »

duisit d'autres modifications relatives à la nomination du juge et aux délais de comparution [29]. Le temps qui s'écoulait entre l'introduction de l'affaire et la nomination du juge, était de trente jours au moins [30].

2. *Legis actio per judicis postulationem*. Nous n'avons guère de renseignements sur cette procédure; et il est impossible d'en déterminer la nature et les effets avec quelque certitude [31].

3. *Legis actio per condictionem*. Nous connaissons également peu de chose de cette procédure. Les jurisconsultes romains eux-mêmes se demandaient pourquoi on l'avait créée, puisque dans les cas où elle était applicable, la *sacramenti actio* pouvait aussi être employée [32]. Quoi qu'il en soit, Gaïus nous apprend qu'elle fut introduite par la loi *Silia* pour réclamer une somme d'argent déterminée, *pecunia certa*, et qu'une loi *Calpurnia* l'étendit par la suite à tous les cas où il s'agissait de réclamer une autre chose déterminée, *res certa* [33]. Elle n'exigeait point les formalités de la *sacramenti actio*, ni le dépôt d'une somme d'argent. Au tribunal du préteur, le demandeur se bornait à sommer son débiteur de se retrouver, trente jours après, devant le même magistrat, afin d'assister à la nomination du juge [34]. C'est de cette sommation

[29] Gaius, IV, 15. « ... Ad judicem accipiendum venirent; postae vero reversis dabatur... XXX judex : idque per legem Pinariam factum est; ante eam autem legem... dabatur judex. » La lacune qui se trouve vers la fin de ce passage peut être comblée de différentes manières. Ceux qui soutiennent que dans le principe il n'y avait point de distinction entre *jus* et *judicium*, intercalent le mot *nondum* ou *nunquam*, d'où il résulterait que la loi Pinaria aurait introduit les *judices* dans les *legis actiones per sacramentum*. Ceux qui ne partagent pas cette manière de voir, peuvent remplacer ce mot par un autre plus conforme à leur opinion, par exemple par *statim*. D'après cette dernière conjecture, la loi Pinaria n'aurait fait que créer un délai, qui n'avait pas existé auparavant. Voyez au reste sur cette question Zimmern., *Gesch. des R. P. R.*, t. III, traduction française de M. Étienne, sous le titre : *Traité des actions*, § 36, notes 5 et suiv. § 38, note 11.

[30] Voyez en général Gaius, IV, 15.

[31] Le passage de Gaius qui traite de cette matière est illisible. D'après une hypothèse assez plausible, la procédure *per judicis postulationem* aurait été introduite pour éviter la *pœna sacramenti* dans les cas qui donnèrent plus tard lieu aux *bonæ fidei actiones*. Le même motif aurait fait créer la *condictio* pour les cas qu'on désignait plus tard par le nom de *stricti juris actiones* (§ 136). Voy. Zimmern, trad. de M. Étienne, §§ 42-43, notes 4. 5.

[32] Gaius, IV, 20. Voyez aussi la note précédente.

[33] Gaius, IV, 19.

[34] Gaius, IV, 17. — D'après d'autres le demandeur se serait présenté seul

que la procédure a reçu son nom; car dans l'ancien langage *condicere* était synonyme de *denunciare* [35]. Tout fait supposer que la *legis actio per condictionem* différait de celles qui précèdent en ce qu'elle était plus simple et plus rapide.

4. La *legis actio per manus injectionem* pouvait être appliquée, d'après la loi des Douze Tables, aux personnes contre lesquelles on avait obtenu un jugement. Si le jugement n'était pas exécuté dans les trente jours, le créancier, après avoir fait venir le débiteur devant le magistrat, l'appréhendait au corps (*partem corporis ejus prendebat, manum injiciebat*), et demandait qu'il lui fût adjugé. Le débiteur n'avait pas le droit de se défendre lui-même; s'il ne trouvait pas un *vindex* solvable qui répondît de lui et se chargeât de sa défense, il était adjugé au demandeur qui pouvait l'emmener à son domicile et l'y tenir en captivité, *addictio* [36]. Il en était de même lorsque l'aveu du défendeur devant le préteur rendait le jugement inutile [37]. — Par la suite, la *manus injectio* fut admise dans plusieurs autres cas; toutefois avec cette différence que le défendeur avait en général le droit de répondre lui-même à l'action sans être représenté par un *vindex* [38].

5. La *pignoris capio* était une espèce de saisie qui différait des autres *legis actiones* en ce qu'elle pouvait se faire en dehors du

devant le préteur et y aurait fait sa déclaration; ensuite il en aurait averti (*condicere*) le défendeur. Mais cela paraît peu probable, puisque Gaius, IV, 29, nous dit qu'à l'exception de la *pignoris capio* toutes les *legis actiones* se faisaient *in jure, apud prætorem, præsente adversario*. Voy. Zimmern, trad. de M. Étienne, § 43, note 7.

[35] Festus, V. « *Condicere* est dicendo denunciare. » — Gaius, IV, 18. Cf., § 15, I., *de action.* 4, 6, et Théophile ad h. l.

[36] Gaius, IV, 21.

[37] « Confessus pro judicato habetur. » Voyez ci-après § 132, note 74. — La loi des Douze Tables réglait de la manière suivante le traitement auquel l'*addictus* ou le *confessus* était soumis : « Æris confessi, rebusque jure judicatis triginta dies justi sunto. Post deinde manus injectio esto, in jus ducito. Ni judicatum facit aut quips endo em jure vindicit, secum ducito, vincito aut nervo aut compedibus, quindecim pondo, ne majore, aut, si volet, minore, vincito. Si volet, suo vivito; ni suo vivit, qui em vinctum habebit libras farris endo dies dato; si volet, plus dato. » Aulu-Gelle, XX, 10.

[38] Dans ces cas la *manus injectio* s'appelait *pura*. Gaius, IV, 23. — L'intervention du *vindex* n'était indispensable que dans l'actio *judicati* et dans l'actio *depensi*, c'est-à-dire, celle dirigée contre un individu qui n'avait pas remboursé dans les six mois ce que sa caution, *sponsor*, avait payé pour lui. — Voyez, sur ces cas et en général sur les autres applications de la *manus injectio*, Gaius, IV, 22-25.

tribunal, *extra jus*, et même en l'absence de l'adversaire [39]. Ce mode de se faire payer s'était introduit par l'usage à l'effet de contraindre les personnes chargées de l'impôt militaire et de la fourniture ou de la nourriture des chevaux de la cavalerie [40]. (Voyez § 34, note 62.) — La loi des Douze Tables et d'autres lois postérieures appliquèrent la même procédure à divers autres cas [41]. Le débiteur sur lequel un objet était saisi de la sorte, ne pouvait le recouvrer qu'en payant la dette pour laquelle la *pignoris capio* avait été faite [42].

2. *Des formules.*

§ 130.

Le système rigoureux et compliqué des *legis actiones* parut trop onéreux à la longue. Un mode plus simple avait sans doute été suivi depuis le commencement au tribunal du préteur *peregrinus*, et tout porte à croire que l'exemple de celui-ci n'a pas laissé que d'exercer quelque influence sur la procédure même entre citoyens. Enfin la loi *Æbutia* des derniers temps de la République, mais antérieure à Cicéron, abolit les *legis actiones* sauf pour les contestations qui étaient du ressort des centumvirs. Deux lois *Juliæ* ajoutèrent aux réformes de la loi *Æbutia* et donnèrent une organisation complète au nouveau système. Du temps de Gaïus l'ancienne procédure n'était plus usitée que dans quelques cas exceptionnels [43].

[39] Gaius, IV, 29. « ... Certis verbis pignus capiebatur, et ob id plerisque placebat, hanc quoque actionem legis actionem esse. Quibusdam autem (non) placebat : primum quod pignoris capio *extra jus* peragebatur, id est, non apud prætorem, plerumque absente adversario, cum alioquin ceteris actionibus non aliter uti possit quam apud prætorem præsente adversario. Præterea nefasto quoque die, id est quo non licebat lege agere, pignus capi poterat. »

[40] Voyez ci-dessus § 19, note 8, et § 34, note 62. — Gaius, IV, 27.

[41] Gaius, IV, 28. « Lege XII tabularum adversus eum qui hostiam emisset nec pretium redderet : item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo jumento quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est, in sacrificium impenderet. Item lege (*Cens*)oria data est pignoris capio publicanis vectigalium publicorum populi Romani adversus eos, qui aliqua lege vectigalia deberent. »

[42] Cela résulte de Gaius, IV, 32. « Quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, *luere* deberet... »

[43] Aulu-Gelle, *N. A.*, XVI, 10. — Gaius, IV, 30, 31. « Tantum ex duabus

Le nouveau système est appelé *système formulaire* des *formulæ* qui en sont la partie fondamentale. Toutefois il ne faut point en tirer la conclusion que les *formulæ* n'auraient pas été employées dans les *legis actiones* : elles sont nécessaires dans toute procédure qui distingue entre le *jus* et le *judicium;* car elles ne sont autre chose que des instructions données par le magistrat, afin de guider le *judex* dans l'examen de l'affaire. Mais dans l'ancienne procédure les *legis actiones* étaient la partie la plus essentielle, sans laquelle aucun procès ne pouvait être introduit, tandis que dans l'instruction de la nouvelle procédure tout se réduisait à la conception de *formule*.

Il est tout naturel que, dans le principe, les formules fussent calquées sur les anciennes actions, *ad legis actionem exprimebantur;* et avant que celles-ci fussent complétement tombées en désuétude, on s'exprimait même dans la formule comme si la *legis actio* avait eu lieu, ou, comme dit Gaïus, les formules étaient rédigées *ad fictionem legis actionis* [44]. Par la suite, un mode plus libre fut introduit; l'édit et la pratique créèrent un grand nombre de formules nouvelles; et du temps des jurisconsultes classiques il y avait des rédactions si générales, qu'on pouvait les appliquer à presque tous les cas imaginables.

La demande devait nécessairement contenir l'exposé des faits qui avaient donné lieu au procès, ainsi que la question à décider et les conclusions du demandeur [45]. C'est dans cette forme que le demandeur la présentait au préteur, lequel alors, après avoir

causis permissum est interdum legis actionem facere : lege agere damni infecti, et si centumvirale judicium *fuerit provocatum. Ideo*, cum ad centumviros itur, ante lege agitur sacramento apud prætorem urbanum vel peregrinum... »

[44] Gaius, IV, 10. « Quædam præterea sunt actiones, quæ ad *legis actionem* exprimuntur; quædam sua vi ac potestate constant... » Un exemple de *formula fictitia* se trouve dans Gaius, IV, 32. « ... In ea forma, quæ publicano proponitur, talis fictio est, ut quanta pecunia olim, si pignus captum esset, id pignus is a quo captum erat, luere deberet, tantam pecuniam condemnetur. » — Voyez encore le même, IV, 33. « Nulla autem formula ad condictionis fictionem exprimitur : sive enim pecuniam, sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, cum ipsam dari nobis oportere intendimus, nullam adhibemus condictionis fictionem... »

[45] Les mêmes parties se rencontrent dans la procédure d'aujourd'hui. En effet ce que nous appelons les *qualités* d'un jugement comprend la *demonstratio* et l'*intentio* des Romains; le *dispositif* n'est autre chose que la *condemnatio* du système formulaire.

examiné si les conclusions méritaient la protection de la justice, donnait ou refusait l'action. Dans le premier cas, il rédigeait la *formule* en ordonnant au juge de condamner le défendeur ou de l'acquitter, selon le résultat de l'examen des faits, qui devait se faire *in judicio*. La formule contenait donc les trois parties suivantes [46] :

1. La *demonstratio*, exposé sommaire des faits qui avaient donné lieu au procès.

2. L'*intentio*, les conclusions du demandeur, par lesquelles il expose l'objet précis de sa réclamation, ce qui constitue rigoureusement la contestation sur laquelle le juge doit prononcer.

3. La *condemnatio*, ordre donné au juge de condamner ou d'acquitter, selon le résultat de l'examen des faits. SI PARET, CONDEMNA; SI NON PARET, ABSOLVE.

Outre ces parties, qui doivent se trouver régulièrement dans toute formule, les jurisconsultes mentionnent encore

4. L'*adjudicatio*, qui ne se rencontre que dans les procès tendant à obtenir le partage d'une chose commune. L'*adjudicatio* autorisait le juge à attribuer à chaque partie ce qu'il jugeait convenable pour opérer le partage. Elle précédait naturellement la *condemnatio*, qui n'en était que la conséquence indirecte. QUANTUM ADJUDICARI OPORTET, JUDEX TITIO ADJUDICATO.

Comme nous venons de le faire observer, les trois parties nommées en premier lieu sont essentielles à toute formule. Toutefois il est des formules dans lesquelles on ne distingue au premier abord que deux parties. Cela aura lieu toutes les fois que l'exposé des faits contient en même temps le fondement juridique de la demande, particulièrement quand la demande est basée non pas sur une règle positive du droit, mais plutôt sur l'équité qui résulte des circonstances particulières de l'espèce, *in factum*. En effet, dans ce cas il serait impossible de rédiger l'*intentio* sans y faire entrer la *demonstratio*, ou, si l'on aime mieux, la *demonstratio* rend l'*intentio* inutile [47].

Il est cependant à remarquer qu'il y a certaines actiones qui ne demandent point de *condemnatio*, savoir celles que nous intentons dans l'intention de faire simplement constater l'existence d'un droit,

[46] Voyez sur la rédaction de la formule GAIUS, IV, 39-43.

[47] Voyez ci-après note 53. Il en est de même dans les actions tendantes revendiquer notre propriété; mais nous n'en pourrons indiquer le motif que lus tard, § 135.

sauf à en tirer des conséquences par la suite. Telle est entre autres l'action par laquelle je demande que ma qualité de fils d'un tel soit constatée. La reconnaissance de mon droit de filiation n'implique de condamnation contre qui que ce soit; mais elle peut servir de base à une action ultérieure. La formule servant à une action de ce genre ne contenait donc point de *condemnatio*. On l'appelle *præjudicialis,* parce qu'elle constitue moins un jugement qu'elle ne sert à préjuger d'autres questions [48].

§ 131.

Pour rendre plus claires les explications que nous venons de donner, nous transcrirons ici le texte d'une formule qui nous est donnée par Gaïus comme exemple d'une action en restitution d'un dépôt. Aulus Agerius demande à Numerius Negidius [49] la restitution d'une table d'argent qu'il lui a confiée en dépôt, et, à défaut de restitution, condamnation aux dommages et intérêts. La formule de cette action est rédigée comme suit :

. . . JUDEX ESTO.
QUOD AULUS AGERIUS APUD NUMERIUM NEGIDIUM MENSAM ARGENTEAM DEPOSUIT ; QUA DE RE AGITUR ;
QUIDQUID OB EAM REM N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTET, EX FIDE BONA EJUS ;
ID JUDEX N. NEGIDIUM A. AGERIO CONDEMNATO, NISI RESTITUAT ; SI NON PARET, ABSOLVITO.

On remarquera que dans cette formule la restitution du dépôt ne figure qu'en seconde ligne, *nisi restituat.* Elle n'y est indiquée que comme un moyen d'éviter la condamnation, *quidquid dare aut facere oportet*, tandis qu'en réalité le véritable but de la demande est d'obtenir la restitution de la table, et que les dommages et intérêts ne devraient être adjugés qu'à défaut de restitution. Cela tient à un principe de la procédure romaine, d'après lequel la

[48] GAIUS, IV, 44 et THEOPHILE, ad § 13, I., *de actionibus* 4, 6. — Voy. encore ci-après § 138.

[49] Les noms *Aulus Agerius* et *Numerius Negidius* sont fréquemment employés dans les formules *juridiques* pour désigner un demandeur et un défendeur quelconques ; de même dans les obligations pour désigner le créancier et le débiteur. § 2, I., *quib. modis oblig. toll.* 3, 29. — On s'aperçoit que le mot *Agerius* désigne celui qui *agit*, et *Numerius Negidius* celui qui doit payer, *numerare*, et refuse de le faire, *negare*.

condemnatio devait toujours être d'une somme d'argent [50]. Cette somme pouvait être fixée d'avance dans la formule (*condemnatio certæ pecuniæ*), ou bien le préteur laissait au juge le pouvoir d'en fixer le montant [51]. Au reste, il est facile à comprendre que, tout en observant cette règle, on pouvait parvenir à obtenir la restitution de la chose, préférable dans bien des cas aux dommages et intérêts; il suffisait en effet de fixer par le jugement une somme assez élevée pour que le défendeur s'empressât d'éviter la condamnation en restituant l'objet.

Nous trouvons chez les anciens deux grandes divisions des formules, dont il est difficile de déterminer avec précision la base et l'importance pratique :

1. *Formulæ in jus* et *in factum conceptæ.*— Pour expliquer cette division, Gaïus se borne à dire que les premières sont celles, *in quibus de jure agitur,* et que toutes les autres sont *in factum conceptæ* [52]. Dans les premières, le demandeur fondait sa demande sur ce que tel droit lui compétait en vertu du *jus civile*, et le juge avait à examiner si les conditions exigées à cet effet par la loi se trouvaient réunies dans l'espèce. Ainsi, dans une action en revendication, l'*intentio* de la formule était ainsi conçue : *nostrum esse aliquid ex jure Quiritium*. Quand on réclamait l'exécution d'une obligation, on demandait la condamnation en soutenant *nobis dari oportere*. C'est pourquoi ces conclusions portaient le nom d'*intentio juris civilis*. — Dans les *formulæ in factum conceptæ,* pareille mention ne se trouvait point; la condamnation était fondée sur l'équité

[50] Gaius, IV, 48. « Omnium autem formularum, quæ condemnationem habent, ad pecuniariam æstimationem condemnatio concepta est : itaque, si corpus aliquod petamus, *velut* fundum..., judex non ipsam rem condemnat eum cum quo actum est, sicut olim fieri solebat, *sed* æstimata re pecuniam eum condemnat. » Autre exemple dans la revendication d'un fonds : Cic., *in Verr.* II, 12. » L. Octavius judex esto : si paret, fundum Capenatem, quo de agitur, ex jure Quiritium P. Servilio esse, neque is fundus P. Servilio restituetur, etc. »

[51] Au reste le pouvoir du juge dans l'évaluation de la *condemnatio incerta* pouvait être illimité ou restreint dans certaines limites. De là la division des *condemnationes incertæ pecuniæ* en *condemnatio infinita* et *condemnatio cum taxatione*. Voyez Gaius, IV, 49-52.

[52] Gaius, IV, 45. « Eas quidem formulas, in quibus de jure quæritur, *in jus conceptas* vocamus : quales sunt, quibus intendimus, nostrum esse aliquid ex jure Quiritium, aut nobis dari oportere..., *in* quibus *juris civilis intentio* est. 46. Ceteras vero in factum conceptas vocamus, id est, in quibus nulla talis intentionis conceptio est, sed initio formulæ, nominato eo quod factum est, adjiciuntur ea verba, per quæ judici damnandi absolvendive potestas datur... »

et résultait des *faits* de la cause. Aussi le préteur n'ordonnait pas au juge d'examiner *si paret hanc rem A. Agerii esse*, *si paret dari oportere;* il lui ordonnait simplement de condamner, si les *faits* allégués par le demandeur étaient vrais. Il en résultait naturellement que dans ces formules l'*intentio* ne faisait qu'un avec la *demonstratio*, puisque l'exposé des faits contenait en même temps le fondement du droit réclamé par le demandeur [53]. — D'après cela, il est évident que les *formulæ in jus conceptæ* ne pouvaient s'appliquer qu'aux actions résultant du *jus civile*, et que toutes les *actions prétoriennes* avaient nécessairement une formule *in factum concepta*. Cependant il y avait également des actions civiles avec une formule *in factum concepta* [54], et Gaïus nous apprend que dans quelques actions civiles on employait tantôt la rédaction *in jus*, tantôt celle *in factum* [55].

2. *Formules vulgaires* et *non vulgaires*. — Cette division ne semble pas avoir eu une grande importance pratique. On appelait *vulgaires* les formules qui se rapportaient à une relation de droit usuelle, connue depuis longtemps, et que par ce motif la loi ou la pratique désignait par un nom technique, par exemple, la propriété, la vente, le dépôt [56]. Par la suite lorsque le besoin de créer des actions pour des cas nouveaux se fit sentir, la formule qui servait à ces actions fut appelée *non vulgaire*, parce qu'elle ne contenait pas ces termes techniques et généralement reçus. Il va sans dire que toutes les *anciennes actions civiles* qui étaient *in jus conceptæ* avaient une *formula vulgaris;* parmi les *actions prétoriennes* il y en

[53] Voyez ci-dessus note 47. — Des exemples des deux formules se trouvent dans Gaïus, IV, 45. 46. 47.

[54] Voyez ci-après § 137.

[55] Gaius, IV, 47. Il nous est difficile d'indiquer les causes qui ont fait créer deux formules d'une nature différente pour le même cas. En se référant à quelques passages, on serait tenté de croire que la rédaction *in factum* a été inventée plus tard pour donner une action civile à des personnes qui d'après la rigueur du droit n'auraient pu agir en justice. (Paul) Fr. 9, D., *de obl. et action.* 44, 7. « Filius familias suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clam, et depositi et commodati, ut Julianus putat. » — (Ulpien), Fr. 13, D., *eod.* « In factum actiones etiam filii familiarum possunt exercere. » — Il est à remarquer que Gaius cite précisément les actions de dépôt et de commodat comme exemples d'actions à deux formules.

[56] Fr. 1, pr. D., *de præscriptis verbis* 19. 5. « Nonnunquam evenit, ut *cessantibus judiciis proditis*, et *vulgaribus actionibus*, cum *proprium nomen invenire non possumus*, facile descendamus ad ea, quæ *in factum* appellantur... »

avait aussi, mais la plupart d'entre elles, ainsi que les actions *civiles* créées *par analogie* ou par des motifs *d'équité*, avaient une formule *non vulgaire* [57].

§ 132. 3. *Tableau d'un procès dans les judicia ordinaria* [58].

Le demandeur commençait par sommer son adversaire de le suivre devant le préteur, *in jus vocatio* [59]. Cette sommation était un acte extrajudiciaire [60], mais les formalités et les conséquences en étaient réglées par des dispositions légales que l'édit du préteur ne tarda pas à modifier et à compléter. Ainsi, quand le défendeur refusait de suivre, la loi des Douze Tables autorisait le demandeur à employer la violence [61], à moins que la partie adverse ne fournit un *vindex* solvable, qui alors assumait toute la responsabilité du procès [62]. Par la suite on admit une caution ordinaire au lieu du *vindex* [63]. — Cette ancienne *in jus vocatio* tomba plus tard en désuétude. Si le demandeur n'obtenait pas de bonne grâce que l'adversaire le suivit *in jus,* il pouvait s'adresser au préteur, lequel,

[57] C'est ainsi, que dans le passage cité à la note précédente l'*actio vulgaris* est opposée à l'*actio in factum,* c'est-à-dire à l'action fondée sur l'équité, sur les faits particuliers de la cause. Dans d'autres passages le même terme est mis en opposition avec *actio utilis;* c'est-à-dire avec une action créée par analogie. Fr. 46, in f. D., *de hered. instit.* 28, 5. « ... Sed nec filio *vulgarem* (mandati actionem) competituram, verum *utilem,* sicuti dare placeret ei, qui, cum filius familias esset, pro aliquo fidejussisset, ac pater familias factus, solvisset. » Voyez au reste ci-après § 137.

[58] Voyez pour les détails : Zimmern, *Traité des actions,* trad. par M. Étienne, §§ 108-141. — Walter, *Gesch. des R. R.,* livre IV, chap. 6. Le livre IV qui traite *de la procédure civile* a été traduit par M. Laboulaye.

[59] Tit. D., *de in jus vocando* 2, 4.

[60] Aulu-Gelle, XIII, 13. « *A privato* in jus vocari est potestas.

[61] Si in jus vocat, ni it, antestator; igitur em capito. Si calvitur pedemve struit, manum endo jacito. Si morbus ævitasve vitium escit, qui in jus vocabit, jumentum dato; si nolet, arceram ne sternito. (Porphyrion, *ad Hor. sat.* I. 9. — Cic., *de leg.* II, 4. — Festus, v. *struere.* — Aulu-Gelle, XX, 1.) Antestari signifie prendre des témoins. Calvitur, i. q., frustratur; pedem struere, s'enfuir; endo jacito i. q., injicito. — La *manus injectio* dont il est question dans ce passage ne doit pas être confondue avec la *legis actio per manus injectionem,* voy. ci-dessus § 129, n° 4.

[62] A l'égard de ce *vindex,* la loi des Douze Tables contenait la disposition suivante : Assiduo vindex assiduus esto : proletario quoi quis volet, vindex esto. Aulu-Gelle, XVI, 10.

[63] Tit. D., *in jus vocati ut eant, aut satis vel cautum dent.* 2, 6.

usant de son *imperium*, forçait indirectement le défendeur à comparaître au moyen d'amendes et de peines pécuniaires [64]. Dans la plupart des cas, les parties s'engageaient mutuellement sous caution, *vadimonium*, à se présenter en justice [65]. Toutefois si malgré le *vadimonium* l'une ou l'autre des parties faisait défaut, l'ancienne procédure pouvait être employée [66].

Devant le préteur, *in jure*, les parties se présentaient à tour de rôle et exposaient la cause [67]. Anciennement elles commençaient par remplir les formalités exigées dans les *legis actiones* [68]. Dans la suite, le demandeur se bornait à exposer l'affaire et demandait la condamnation de la partie adverse d'après une formule qu'il présentait au préteur, *editio actionis* [69]. La rédaction de la formule était d'une grande importance. D'abord le préteur pouvait sur-le-champ renvoyer les parties, si la demande ne lui paraissait pas mériter la protection de la justice [70]. Ensuite une formule mal

[64] Fr. 2, § 1, D., *si quis in jus vocatus non ierit* 2, 5. — Fr. 1, § 3, D., *de inspiciendo ventre* 25, 4.

[65] L'inexécution du *vadimonium* donnait lieu à des mesures coercitives et même à la perte du procès. Cic., *pro Quintio*, c. 6. — Horace, Sat., I, 9. 36. 37. « Respondere vadato debebat; quod ni fecisset, perdere litem. »

[66] Horace, *Sat.*, I, 9, 74-78. — Voyez encore ci-après § 133, note 5.

[67] Il paraît que l'ordre dans lequel les causes se suivaient était déterminé par le sort. Servius, *ad Virg. Æn.*, VI, 431. v. *Sine sorte* — sine judicio. Traxit autem hoc ex more Romano. Non enim audiebantur causæ, nisi per sortem ordinatæ; tempore enim quo causæ audiebantur, conveniebant omnes... et ex sorte dierum ordinem accipiebant, quo post diem trigesimum suas causas exsequerentur. Unde est : (Quæsitor) *urnam movet*. Juvenalis : *Gratia fallacis prætoris vicerit urnam*. — Le passage de Servius, *ad Æn.*, II, 102 semble plutôt se rapporter à la distribution des causes *in judicio*.

[68] Voyez ci-dessus § 129.

[69] Cicéron, *in Verrem*, II, 3, 65. « Adventu L. Metelli, prætoris, C. Gallius, *postulavit* a Metello, ut ex edicto suo judicium daret in Apronium, QUOD PER VIM AUT METUM ABSTULISSET. » — Voyez encore Gaius, IV, 35. 41. 86. — Fr. 1, pr. D., *de edendo* 2. 13. « Qua quisque actione agere volet, eam edere debet : nam æquissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat... » Souvent aussi le demandeur faisait connaître la nature de la demande avant la comparution *in jure* au moyen d'une *denunciatio*. Fr. 7, D., *de inoff. testam.* 5, 2.—Fr. 20, § 11, D., *de heredit. petit.* 5, 3.

[70] Cicéron, *pro Flacco* 21. « M. Gratidius legatus, ad quem est aditum actionem se daturum negavit... » — Fr. 27, pr. D., *de verb. obl.* 45, 1 « ... Sed et officio quoque prætoris continetur, ex hujusmodi obligationibu actionem denegari. »

conçue pouvait entraîner la perte du procès entier, *causa cadere* [71], ce qui avait particulièrement lieu quand dans l'*intentio* on avait demandé plus qu'on n'avait le droit de demander, *plus petitio* [72]. Souvent le demandeur, avant de faire l'exposé complet de la cause, adressait au défendeur des questions qui avaient ordinairement pour but de constater la qualité de ce dernier, *interrogationes in jure* [73]. — Si le défendeur avouait dès l'abord, l'affaire était terminée sur-le-champ; il ne fallait pas de jugement : *confessus pro judicato habetur* [74]. Si au contraire il voulait se défendre, il devait faire connaître au préteur les moyens dont il entendait faire usage. Toutefois il n'était pas tenu de le faire sur-le-champ; il pouvait demander une remise que le préteur accordait moyennant garantie. Pareille remise était également accordée quand les parties ne terminaient pas leur exposé en une seule séance : elles se donnaient alors caution de reparaître devant le préteur, *vadimonium sistendi* [75]. L'inexécution de cette promesse, *vadimonium deserere*, entraînait la perte de la somme cautionnée et donnait même lieu à d'autres mesures coercitives, par exemple la *manus injectio* ou l'envoi par le préteur en possession des biens de la partie défaillante. Les mêmes peines menaçaient le défendeur qui refusait de répondre [76]. Dans sa réponse, le défendeur cherchait naturellement à écarter les charges que l'accusation du demandeur faisait peser sur lui. A cet effet, il priait le préteur d'insérer ses objections dans la formule. Cela se faisait au moyen d'un

[71] Cicéron, *Rhetor.* II, 19. « ... Ita jus civile habemus constitutum, ut *causa cadat* is, qui non, quemadmodum oportet, egerit. »

[72] Gaius, IV, 53-60. — Paul, *S. R.*, 1, 10. — §§ 33-35, I., *de act.* 4, 6. — Tit. C., *de plus petitionibus* 3, 10. — Pour les détails voyez ci-après § 159.

[73] Par exemple, afin de savoir si le défendeur avait la qualité d'héritier qu'on lui supposait; pour quelle part il était héritier, etc. La pratique étendit l'usage de ces *interrogationes*. — Tit. D., *de interrogationibus in jure* 12, 1. — La réponse à l'*interrogatio* liait celui qui l'avait faite et était considérée comme point constaté dans la formule, qui dès lors s'appelait *interrogatoria actio*. Voyez le titre cité du Digeste.

[74] Paul, *S. R.*, II, 1, 5. V, 5 A, 2-5. — Tit. D., *de confessis* 42, 2. — L. un. C., *eod.* 7, 59. — Voyez aussi ci-dessus § 129, n° 4.

[75] Gaius, IV, 184. « Qui autem in jus vocatus fuerit (*ab*) adversario, ni eo die finiverit negotium, vadimonium ei faciendum est, id est, ut promittat se certo die sisti. »

[76] Gaius, IV, 185. — *Lex Rubria de Gall. cisalp.*, c. 21, in f., c. 22. — Cic., *pro Quintio*, 15. — Fr. 2, pr. D., *quib. ex causis in poss. eatur.* 42, 4. — Fr. 52, D., *de reg. juris* 50, 17.

exceptio [77], c'est-à-dire, le préteur ordonnait au juge de condamner, *excepté* le cas où les moyens du défendeur se trouveraient fondés [78]. Au reste, il est à remarquer que devant le préteur les parties pouvaient se déférer le serment sur les points contestés. Celle à laquelle le serment était déféré ne pouvait le refuser sous peine de perdre le procès. La prestation du serment avait dans tous les cas pour effet de mettre fin au procès sans qu'il fût besoin de *judicium* [79].

Après que les parties s'étaient ainsi expliquées, le préteur résumait leurs dires dans la formule qu'il remettait ensuite au demandeur. Cette formule, conçue de la manière décrite au paragraphe précédent, contenait donc les moyens du demandeur et ceux du défendeur, l'*action* et l'*exception*. Elle contenait également le nom du juge appelé à examiner les points contestés. Sauf les cas où l'affaire était renvoyée devant le tribunal des centumvirs [80], le juge était un simple particulier auquel un caractère public n'était donné que momentanément par la nomination. Il était ordinairement nommé de commun accord par les parties, *sumebatur* [81]; le préteur pouvait aussi le proposer, sauf aux parties de l'accepter

[77] De là vient qu'on dit que le défendeur *postulat exceptionem*, comme le demandeur *postulat actionem*, Cic., *Rhet.* II, 19.

[78] Par exemple si le demandeur poursuivait le payement d'une dette dont il avait fait remise. Si inter A. Agerium et N. Negidium non convenit, ne ea pecunia peteretur. Gaius, IV, 119.

[79] Nous nous bornons ici à citer les dispositions de l'édit sur le serment déféré *in jure*. « Ait Prætor : Si is, cum quo agitur, conditione delata, juraverit... ejus rei, de qua jusjurandum delatum fuerit, neque in ipsum, neque in eum, ad quem ea res pertinet, actionem dabo... Eum, a quo jusjurandum petetur, solvere aut jurare cogam. » Fr. 3, pr. 7. pr. 34, § 6, D., *de jurejurando*, 12, 2. —Voyez encore ci-après § 132.

[80] Les *recuperatores*, ordinairement au nombre de trois, étaient nommés de la même manière que les autres juges. Il paraît que dans le principe chacune des deux parties choisissait un *recuperator* et que le préteur désignait le troisième. Tite-Live, XXVI, 48. « ... Scipio tres recuperatores cum se daturum pronunciasset, qui, cognita causa, testibusque auditis, judicarent... C. Lælio et M. Sempronio advocatis partis utriusque, P. Cornelium Caudinum de medio adjecit : eosque tres recuperatores considere et causam cognoscere jussit. » Au reste les *recuperatores* ne sont pas toujours au nombre de trois. Cic., *in Verr.*, II, 3, 12. 60. — Tite-Live, XLIII, 2. « Quinos recuperatores. »

[81] Cicéron, *pro Cluentio*, 43. « Neminem voluerunt majores nostri... esse judicem, nisi qui inter adversarios convenisset. » — Le même, *in Verrem*, II, 3, 13; *pro Roscio com.* 14; *de oratore*, II, 70. « Cum ei (Scipioni) M. Flaccus... P. Mucium judicem tulisset, *Ejero*, inquit, *iniquus est*. »

ou de le récuser [82]. Cela fait, les parties déclaraient qu'elles acceptaient le *judicium*, en prenant les assistants pour témoins de cette déclaration : *testes estote* [83]. Par cet acte qui, à cause de la formalité tombée plus tard en désuétude, s'appelait *litis contestatio*, la procédure devant le préteur, *in jure*, était close [84].

Devant le juge, *in judicio*, nouvel exposé sommaire des faits, *causæ conjectio*, ou *collectio*, puis plaidoiries des parties ou de leurs mandataires, *peroratio* [85]. Si une première plaidoirie ne suffisait pas, on procédait à une seconde et ainsi de suite [86]. Comme le juge avait à constater les faits, la tâche principale des plaideurs était d'en fournir la preuve. A cet effet ils pouvaient s'appuyer sur la notoriété publique, ou produire des titres, ou se servir de la preuve testimoniale [87]. Les parties pouvaient aussi se déférer le serment; mais la délation de serment *in judicio* n'avait pas le même effet obligatoire que celle faite devant le préteur. En tout cas le juge pouvait le déférer d'office [88]. Quand la conscience du

[82] Cela résulte entre autres des reproches que Cicéron adresse à Verrès à cause de sa conduite illégale. Cic., *in Verr.*, II, 2, 11. 13. 41. 60.

[83] Festus, v. *Contestari* est, cum uterque reus dicit : Testes estote. Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod *ordinato judicio* utraque pars dicere solet : Testes estote.

[84] On pourrait s'attendre à trouver ici un nouveau *vadimonium judicio sistendi*. Aussi paraît-il que dans les premiers temps, les parties employaient ce mode pour se garantir la comparution devant le juge; et d'après une hypothèse de Godefroi les termes *vades* et *subvades*, qui se trouvaient dans la loi des Douze Tables (Aulu-Gelle, XVI, 10), auraient désigné les cautions du défendeur et du demandeur. Mais dans la procédure formulaire nous ne trouvons plus pareille caution. Les parties se bornaient à s'ajourner l'une l'autre à jour fixe devant le juge. Ascon., *in Verr.*, II, 1, 9. « ... *Comperendinatio* est ab utrisque litigatoribus invicem sibi denunciatio in perendinum diem... Litigantes accepto judicio non stipulationibus mutuis promisisse, sed denunciatione tantum reciproca se invicem monuisse, ut adessent apud judicem. » — Voyez encore Festus, v., *res comperendinata*.

[85] Gaius, IV, 15. « ... Deinde cum ad judicem venerant, antequam apud eum *causam perorarent*, solebant breviter ei et quasi per indicem rem exponere : quæ dicebatur *causæ collectio*, quasi causæ suæ in breve coactio. » — Ascon., *in Verr.*, II, 1, 9.

[86] *Ampliatio*. — *Prima, secunda actio*. Ascon., *in Verr.*, II, 1, 9.

[87] Quintil., *de instit. orat.* V, 1. « ... Præjudicia, rumores, tormenta, tabulæ, jusjurandum, testes. » — La torture au reste n'était admise que contre les esclaves et dans certains cas déterminés. Paul, *S. R.* V, 15, 6; 16. 2.

[88] Quintil., *de instit. orat.* V, 6. « Jusjurandum litigatores aut offerunt suum, aut non recipiunt oblatum : aut ab adversario exigunt, aut recusant cum ab ipsis exigatur. » — (Dioclétien). L. 3, C., *de reb. cred. et jurej.* 4, 1.

juge était suffisamment éclairée, il prononçait le jugement publiquement et en présence des parties [89]. S'il y avait plusieurs juges, le jugement était rendu à la majorité des voix [90].—Si le demandeur faisait défaut *in judicio,* le défendeur n'en pouvait pas moins exiger que le jugement fût prononcé [91]. Le défaut du défendeur donnait lieu à un avertissement public trois fois répété, à la suite duquel le juge pouvait prononcer malgré son absence [92].

Observation. Pour terminer cet aperçu historique de l'ancienne procédure romaine, il nous reste à mentionner la division des *judicia* en *judicia legitima* et *judicia quæ imperio continentur* [93]. Les renseignements que nous avons sur cette division sont fort incomplets, et il nous est impossible d'en indiquer d'une manière certaine l'origine et l'importance. Gaius, à qui nous devons le peu que nous en savons, appelle *legitima judicia* ceux qui ont lieu à Rome même ou dans le rayon d'un mille, devant un seul *judex* et entre citoyens romains [94]. Tous les autres jugements paraissent dès lors être

« In bonæ fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum, per judicem jurejurando causa cognita res decidi oportet. (286.) — Justinien attribue au serment déféré *in judicio* les mêmes effets qu'à celui déféré *in jure.* L. 11, C., *eod.*

[89] La loi des Douze Tables déjà disait : Ni pagunt in comitio aut in foro, ante meridiem causam conjicito, quam perorant ambo præsentes, post meridiem præsenti silitem addicito. Sol occasus suprema tempestas esto. — Voyez Aulu-Gelle, XVII, 2. — *Auctor ad Herenn.*, II, 13. (*Pagunt* i. q., *paciscuntur,* transiger; *addicito* i. q., *condemnato*).

[90] Fr. 36. 38, pr. D., *de re judicata* 42, 1.

[91] Ordinairement le demandeur perdait alors son procès, mais pas toujours. Tit. C., *quomodo et quando judex* 7, 43. — Fr. 73, pr. D., *de judiciis* 5, 1. — Fr. 27, § 1, D., *de liberali causa* 40, 12. — Fr. 6. § 3, D., *de confessis* 42, 2. — Fr. 28, pr. D., *de appellat.*, 49, 1.

[92] Ces édits étaient publiés par le magistrat, lequel au reste pouvait se borner à une seule publication. La publication qui précédait le jugement s'appelait *peremtorium edictum.* La condamnation du défendeur prononcée par défaut est appelée *eremodicium,* du grec δίκη, *procès*, et ἔρημος, *seul*, *abandonné.* — Voyez en général Paul, *S. R.*, V, 5 A, 7. — Fr. 68-73, D., *de judiciis* 5, 1. — Tit. C., *quomodo et quando judex* 7, 43. — Fr. 7, § 12, D., *de minor.* 4, 4. — Fr. 13, pr. D., *judic. solvi* 46, 7. — L. 13, § 3, C., *de judic.* 3, 1. — *Nov.* 63, c. 3.

[93] Voyez sur cette matière Gaius, IV, 103-109. — Ulpien, XI, 27. — *Vat. Fr.* 47. — Il est plus que douteux que les *legitima judicia* dont parle Cic., *pro Rosc. Com.* 5; *partit. orat.* 12, soient ceux que Gaius oppose aux *judicia quæ imperio continentur.*

[94] Gaius, IV, 104. « Legitima sunt judicia, quæ in urbe Roma, vel intra primum urbis Romæ milliarium, inter omnes cives Romanos, sub uno judice

comptés parmi les *imperio continentia* [95]. Parmi ceux-ci Gaius distingue surtout les procès devant les *recuperatores* et en général ceux dans lesquels un étranger intervient soit comme juge soit comme partie. Les règles de la procédure étaient différentes sous plusieurs rapports pour ces deux espèces de jugements; particulièrement les *judicia quæ imperio continentur* devaient être terminés dans l'année de la magistrature de celui qui avait accordé l'action, tandis que les *judicia legitima* pouvaient durer dix-huit mois [96]. Il y avait encore d'autres différences que nous signalerons aux endroits convenables [97].

§ 133. B. *Extraordinaria judicia.* — *Procédure après Dioclétien.*

Ce qui distinguait les *judicia ordinaria*, c'était la séparation des fonctions du magistrat avec celles du *judex*, du *jus* et du *judicium*. Il est probable que déjà du temps de la république le magistrat réunissait dans certains cas ces deux fonctions [98]. On disait alors qu'il agissait *extra ordinem*, et on désignait les procès jugés de cette manière par le nom de *judicia extraordinaria*, *extraordinariæ cognitiones*, *persecutiones* [99]. Les empereurs suivaient habituellement ce mode de procéder non-seulement quand ils jugeaient en appel, mais aussi dans les affaires qu'ils évoquaient en première instance. L'exemple du prince dut exercer une influence d'autant plus grande, que la nouvelle procédure s'appliquait plus facilement aux actions nouvelles dont le nombre augmentait de plus en plus. Aussi trouvons-nous déjà du temps des jurisconsultes classiques un grand nombre d'*extraordinariæ cognitiones* [100].

Enfin nous voyons s'établir comme règle ce qui avait été l'exception dans le principe. Dioclétien ordonna aux gouverneurs des pro-

accipiuntur...» — Cf. Cic., *pro Flacco,* 21, où il est dit «judicium *lege* non erat» à propos du procès entre Flaccus et un *peregrinus*.

[95] C'est ainsi que Gaius, contrairement à toutes les règles de la grammaire, appelle ces *judicia,* IV, 81. 106.

[96] Gaius, IV, 104-106. La disposition relative aux *judicia legitima* est attribuée à la loi *Julia judiciaria*. Il est probable qu'avant cette loi il n'y avait pas de délai pour les *legitima judicia*.

[97] Voyez Gaius, III, 181. IV, 81. 106. 109. — *Vaticana fragm.* 47. coll. Fr. 44, § 1. D., *famil. ercisc.* 10, 2.

[98] Nous verrons ci-après que souvent il était impossible au préteur de renvoyer une affaire devant un juge, par exemple dans les restitutions en entier, § 157.

[99] Voyez ci-dessus § 128.

[100] Tit. D., *de extraordinariis cognitionibus* 50, 13.

vinces d'instruire et de juger seuls les affaires, et de ne plus renvoyer devant un *judex* que celles que leurs occupations ne leur permettraient pas d'examiner eux-mêmes [1]. Cette ordonnance fut suivie de quelques autres constitutions qui finirent par abolir toute trace de l'ancien *ordo judiciorum* [2]. Une constitution de l'empereur Zénon nous apprend que de son temps les procès se jugeaient généralement devant le même fonctionnaire, lequel était ou un magistrat ou un citoyen que le magistrat avait délégué à cet effet, *judex delegatus* [3]. Dès lors le système formulaire avec ses distinctions disparut également; toutefois on se servait encore habituellement des anciennes formules, mais sans y attacher l'importance qu'elles avaient eue auparavant [4].

Ce changement amena naturellement des modifications dans les actes de procédure. Nous avons vu ci-dessus, § 132, que l'ancienne *in jus vocatio* avait été remplacée par un *vadimonium* réciproque des parties. Déjà sous Marc-Aurèle on commença à éluder le *vadimonium*, en faisant signifier au défendeur l'action qu'on se

[1] L. 2, C., *de pedaneis judicibus* 3, 3. (DIOCLET. ET MAXIM., AA. ET CC.) « Placet nobis, præsides de his causis, in quibus, quod ipsi non possent cognoscere, antehac pedaneos judices dabant, notionis suæ examen adhibere : ita tamen, ut, si vel propter occupationes publicas, vel propter causarum multitudinem, omnia hujusmodi negotia non potuerint cognoscere, judicis dandi habeant potestatem. Quod non ita accipi convenit, ut in his etiam causis, in quibus solebant ex officio suo cognoscere, dandi judicis licentia eis permissa credatur. Quod usque adeo in præsidum cognitione retinendum est, ut eorum judicia non deminuta videantur : dum tamen et de ingenuitate, super qua poterant etiam ante cognoscere, et de libertinitate, præsides ipsi dijudicent (294). »

[2] (L. un. Th. C., *de omissa actionis impetrat.* 2, 3). Tit. J. C., *de formulis* 2, 58. — L. 8, Th. C., *de officio rectoris prov.* 1, 16. — L. 3-5. J. C., *de pedaneis judicibus* 3, 3.

[3] L. 12, C., *de judiciis* 3, 1. — Du temps de Justinien tous les procès étaient *judicia extraordinaria.* Voyez § 8, I., *de interdictis* cité ci-dessus § 128, vers la fin.

[4] L. 1, C., *de formulis* 2, 58. (CONSTANTIUS). « Juris formulæ aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur (342). » — L. 2, C., *eod.* (L. un. Th. C., 2, 3, THÉODOS. ET VALENT.). « Nulli prorsus non impetratæ actionis in majore vel minore judicio agenti opponatur exceptio, si aptam rei et proposito negotio competentem eam esse constiterit (428). » — Nous voyons dans THÉOPHILE, *ad* §§ 1-6. 8. 13. 14. 15. 33. I., *de act.* 4, 6. que les parties se servaient encore dans leurs conclusions de la rédaction des anciennes formules : *Si paret adversarium dare facere oportere, condemna eum judex ; si dominum me ejus rei esse paret ; si paret me liberum esse*, etc.

proposait d'intenter, *denunciare* [5]. Cette dénonciation, qui se faisait par l'intermédiaire de l'autorité publique [6], fut à son tour remplacée par un simple écrit, *libellus conventionis*, qu'on faisait notifier par un huissier, *executor* [7]. Devant le magistrat ou juge (car il n'est plus besoin de distinguer ces deux termes) les points de droit étaient débattus conjointement avec les questions de fait. L'ancienne *litis contestatio*, par laquelle autrefois la procédure *in jure* devait être close, ne pouvait naturellement plus avoir lieu; mais on conservait ce nom à l'acte destiné à fixer les prétentions respectives des parties [8]. Le *jugement* était rédigé par écrit, transcrit sur les registres et notifié aux parties avec un extrait sommaire de la procédure qui avait eu lieu [9]. — Une innovation conforme à l'esprit du régime impérial fut l'introduction des frais de justice [10].

II. — Actes du demandeur. Actions.

NOTION.

§ 134.

Nous pouvons, sur ce point, nous rapporter en grande partie à notre exposé historique de la procédure (§§ 127 et suiv.). Il suffira de rappeler ici brièvement les conditions essentielles dont la réunion est requise pour qu'une action puisse avoir lieu.

L'action, étant destinée à protéger nos droits, suppose nécessairement, 1° l'existence d'un droit dans notre personne; 2° une lésion de ce droit de la part d'un autre. Le droit d'intenter une action appartient donc à la catégorie des droits qui demandent comme objet une personne déterminée et que les Romains appellent *obligationes* (§ 90). Celui qui a lésé le droit est comme le débiteur dans une obligation; celui qui demande réparation prend le rôle de créancier. C'est probablement ce caractère de l'action qui a fait

[5] Aurel. Victor, *de Cæsar.*, 16. — *Coll. leg. Mosaic.* II, 6.

[6] L. 2, Th. C., *de denunciatione* 2. 4.

[7] *Consult. veteris jcti*, c. 6. — L. 3, C., *de annali except.* 7, 40. — § 24, I., *de actionibus* 4, 6 et Schrader, *ad h. l.*

[8] Voyez ci-après § 139.

[9] L. 2. 3, J. C., *de sententiis ex periculo recitandis* 7, 44. — L. 1. 2. 3, Th. C., *eod.* 4, 17. — Jo. Lydus, *de magistr.* III, 11.

[10] Tit. Th. C., *de fructibus et litium expensis* 4. 18. — Tit. J. C., *eod.* 7, 51. — § 24, I., *de act.* 4, 6, et Théoph., *ad h. l.* — § 1, in f. I., *de pœna temere litigantium* 4. 16.

donner à Justinien une définition qui n'est pas à l'abri de tout reproche. D'après lui, *Actio nihil aliud est, quam jus persequendi judicio quod sibi debetur* [11]. Cette définition est évidemment trop étroite, si l'on prend les termes dans leur véritable acception juridique. Car elle ne comprendrait que les droits dont l'objet est une obligation, *deberi ;* d'où il résulterait que les droits personnels et les droits réels seraient dénués d'action. Cependant on peut justifier la rédaction de Justinien, en prenant le mot *deberi* dans un sens plus étendu, comme désignant tout ce qui nous revient, tout ce qui nous compète, de manière qu'il serait synonyme du mot *droit* [12]. Dès lors la définition serait exacte : l'action n'est autre chose que la faculté de poursuivre nos droits en justice.

Remarquons encore que le mot *actio* signifie à la fois le droit de réclamer la protection de la justice et le moyen que nous employons à cet effet.

DIVISIONS DES ACTIONS.

§ 133. *In rem, in personam actiones. — Actiones mixtæ. Actiones in rem scriptæ.*

Puisque toute action suppose comme conditions essentielles l'existence et la lésion d'un droit, il est évident que la principale division des actions doit être basée sur la différence des droits qu'elles servent à garantir et à protéger. C'est en effet sur cette base que repose la grande division des Romains en *actiones in rem* et *actiones in personam* [13].

I. On appelle *actio in personam* celle qui a pour but de garantir

[11] Pr. I., *de actionibus* 4, 6. — La définition adoptée par Justinien est tirée d'un passage de Celsus, Fr. 51, D., *de oblig. et act.* 44, 7. « Nihil aliud est actio, quam jus, quod sibi debeatur, judicio persequendi. » Il est possible que Celsus, en s'exprimant ainsi, n'ait entendu parler que des *actiones in personam* qu'on appelle quelquefois *actiones* par excellence. — Voyez encore Fr. 178, §§ 2. 3, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[12] On trouve même dans des ouvrages de droit cette acception vulgaire du mot *deberi*. Ainsi d'un droit réel. Fr. 9, D., *si serv. vindicetur* 8, 5. « Si eo loco per quem mihi iter debetur... » — Voy. aussi Gruteri, *Inscript.* p. 201. 3. « Per hanc viam fundo C. Marci C. L. Phileronis iter actus debetur. »

[13] § 1, I., *de actionibus* 4, 6. « *Omnium actionum*, quibus inter aliquos apud judices arbitrosve de quacunque re quæritur, *summa divisio* in duo genera deducitur : Aut enim *in rem* sunt, aut *in personam*... »

un *droit d'obligation* et d'en poursuivre l'exécution; toute autre action est *in rem*. La notion de l'action *in rem* est donc négative, elle embrasse tout ce qui n'est pas *actio in personam* [14]. En appliquant ces idées à la division des droits, que nous avons établie au § 90, nous trouvons que la lésion d'un droit d'obligation fera naître une *actio in personam*, tandis que l'*actio in rem* sera provoquée par la lésion d'un autre droit quelconque, soit d'un droit réel, soit d'un droit personnel, soit d'un droit d'hérédité. (§ 160, Obs. 2.)

Cette division est si importante que nous sommes obligé de l'examiner avec plus d'attention, et surtout de nous rendre compte de l'idée qui lui a servi de base et des conséquences qu'elle entraine.

En considérant les différents droits au point de vue de la lésion qu'ils peuvent subir, nous remarquons que les obligations diffèrent essentiellement des autres classes de droits. En effet, les droits d'obligation supposent nécessairement une personne déterminée dont le fait est l'objet de notre droit. Notre droit est lésé dès que la personne obligée refuse de faire ce qu'elle doit faire, et pareille lésion ne peut jamais provenir que de cette personne. Il n'en est pas de même des autres droits, tant réels que personnels, qui ne supposent point une personne déterminée hors nous, et qui dès lors peuvent être lésés par le premier venu. C'est cette considération, fondée sur la nature des droits, qui a guidé les Romains dans leur division. La même considération a présidé à la rédaction de la formule pour les deux classes d'actions. Dans l'*intentio* de l'action tendante à obtenir l'exécution d'un droit d'obligation, il fallait bien nommer la personne du débiteur, parce qu'elle est un élément constitutif du droit : *Si paret, N. Negidium dare facere oportere* [15]. Dans tous les autres cas, pareille désignation n'était pas né-

[14] § 1, I., *de act.* « ... Namque agit unusquisque aut *cum eo, qui ei obligatus est,* vel ex contractu, vel ex maleficio, quo casu proditæ actiones *in personam* sunt, per quas intendit adversarium ei dare facere oportere, et aliis quibusdam modis : aut *cum eo agit, qui nullo jure ei obligatus est,* movet tamen alicui de aliqua re controversiam; quo casu proditæ *actiones in rem* sunt... » — Voyez encore Gaius, IV, 1-3. — Fr. 25, D., *de obl. et act.* 44, 7; cf. ci-après note 25.

[15] Gaius, IV, 41. « — Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere. » Gaius, *eod.* — Il est évident que le nom du débiteur n'était plus nécessaire dans l'*intentio* quand il se trouvait déjà dans la *demonstratio.* — Voyez au reste ci-après note 32.

cessaire; car la personne du défendeur n'influe en rien sur le fondement du droit [16] : *Si paret fundum Capenatem ex jure Quiritium P. Servilii esse, neque is fundus P. Servilio restituetur. Si paret, A. Agerium liberum esse.* On pouvait donc dire que l'*intentio* tendante à la poursuite d'un droit d'obligation, était *in personam concepta;* et par antithèse on appelait *in rem concepta* toute autre formule. De là le nom des actions mêmes : *in rem* et *in personam actiones* [17].

Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in personam,* la personne du défendeur est donc toujours connue, dès que le droit auquel l'action se rapporte existe, et même avant la lésion [18]. Dans les cas qui peuvent donner lieu à une *actio in rem,* au contraire, la personne du défendeur, étrangère à l'existence du droit, n'est donnée que par la lésion même. Or, dans certains cas, particulièrement quand il s'agit du droit de propriété, cette lésion résulte de ce qu'un autre détient notre chose et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété. C'est cette particularité qui a donné lieu à une définition assez répandue, d'après laquelle l'*actio in rem* serait celle que nous pouvons intenter contre quiconque se trouve en possession de notre chose ou de notre droit. Cette soi-disant définition a d'abord le grand défaut de ne pas faire connaître la nature de l'objet à définir, mais d'indiquer tout simplement une conséquence de la nature particulière de cet objet; ce qui la rend entièrement inutile. Ensuite elle est fausse; car elle exclut plusieurs actions qui, par leur nature et par la disposition

[16] En effet le défendeur n'intervient dans l'affaire que comme cause de la lésion. Dès lors il suffit de le nommer dans la *condemnatio.*

[17] C'est ainsi que ces actions sont ordinairement appelées dans nos sources, quoique souvent aussi nous trouvions l'inversion : *actio in rem, actio in personam.* — Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les jurisconsultes romains ont l'habitude de placer le régime devant le mot qui le régit, et de faire précéder le terme général du terme qui en fixe le sens dans l'espèce, par exemple : *in integrum restitutio, rei vindicatio — scriptum jus, servile caput.*

[18] Il peut se faire, à la vérité, que dans une *actio in personam* la personne du défendeur ne soit connue qu'au moment même de la lésion du droit; mais cela proviendra de ce que par des circonstances accidentelles le droit d'obligation a été lésé au même instant qu'il a pris naissance, ce qui arrive ordinairement dans les obligations qui résultent d'un délit. Toutefois il faut bien se garder de confondre la lésion qui constitue le délit avec la lésion qui donne lieu à l'*actio in personam.* La lésion qui constitue le délit fait naître une obligation; la lésion de cette obligation, c'est-à-dire le refus ou le retard de la remplir, fait naître l'action. Dans la plupart des cas, il est vrai, ces deux lésions existeront

expresse de la loi, appartiennent à la catégorie des *actiones in rem* [19]. Nous nous bornons ici [20] à citer les actions qui se rapportent à l'état d'une personne ou aux droits personnels, et que nous devons nécessairement ranger parmi les *actiones in rem* [21].

Nous avons vu, au paragraphe précédent, que toute action, dès le moment qu'elle existe, établit un lien obligatoire entre le demandeur et le défendeur. Dans l'*actio in rem* ce lien ne commence à exister qu'au moment où l'action est intentée; dans l'*actio in personam*, au contraire, il y avait déjà une obligation antérieure. Cette différence se montre également dans le but de l'action. Le but des *actiones in personam* est d'obtenir l'*exécution* d'une obligation, en d'autres termes la condamnation du débiteur, tandis que dans l'*actio in rem* le but direct est la reconnaissance et par suite le *maintien* du droit contesté [22]. Il peut en résulter une condamnation, mais cette condamnation n'est qu'un effet secondaire de la reconnaissance de notre droit.

Pour désigner les *actiones in rem*, les Romains se servent aussi des mots *vindicationes* et *petitiones*, quoique ces termes ne se rap-

ensemble et au même moment; mais cela n'est point *nécessaire*, et le contraire peut arriver. En supposant, par exemple, que le chevalier romain dont parle Aulu-Gelle, *N. A.*, XX, 1, eût eu soin de faire donner les 25 as *précisément au même moment* où il donnait le soufflet, il est évident que ce payement n'aurait pas empêché l'existence de l'injure; mais il n'y aurait point eu d'action.

[19] Elle est encore fausse, parce qu'elle ferait entrer les *actiones in rem scriptæ* dans la catégorie des *actiones in rem*. Voyez ci-après n° III.

[20] Il nous serait facile de citer d'autres cas. Ainsi il est évident que l'action par laquelle nous poursuivons la reconnaissance d'un droit de servitude est dans bien des cas dirigée contre quelqu'un qui ne se trouve nullement en possession de la chose, ni même du droit litigieux, par exemple quand il s'agit du *jus tigni immittendi*, c'est-à-dire du droit de placer des poutres dans le mur du voisin.

[21] § 13, I., *de actionibus* 4, 6. « *Præjudiciales actiones in rem esse* videntur, quales sunt per quas quæritur, an aliquis liber, an libertus sit, vel de partu agnoscendo... » Le mot *videntur* ne peut faire de difficulté; car dans le langage des jurisconsultes, *videri* signifie le plus souvent *être évident*. Dirksen, *Manuale latinitatis*, v. *videri*. — Voyez encore Théophile, *ad l. l.*, et ci-après § 138, n° II.

[22] Fr. 35, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. « Ubi autem... fundum petii, et judex *sententia declaravit* meum esse... » — Fr. 8, § 4, D., *si servit. vind.* 8, 5. « ... Quia per sententiam non debet servitus *constitui*, sed quæ est *declarari*... »

portent à la rigueur qu'à l'action en revendication de la propriété [23]. Les *actiones in personam* sont quelquefois appelées *actiones* par excellence [24], et dans les derniers temps on leur applique aussi, d'une manière générale, le nom de *condictiones* qui, dans le principe, avait une signification beaucoup plus restreinte [25].

II. Il se peut que la lésion qui donne lieu à une *in rem actio* contienne également des faits qui produisent une obligation. Par exemple, celui qui retient illégalement des choses portant des fruits, ne lèse pas seulement le droit de propriété, mais il cause encore un dommage au propriétaire, en le privant des fruits que celui-ci avait le droit de recueillir. Ce dommage établit une obligation à sa charge envers le propriétaire lésé. Il y aurait donc lieu à intenter deux actions, l'une *in rem* en reconnaissance du droit de propriété, l'autre *in personam*, tendante à obtenir des dommages et intérêts. Mais comme le jugement sur ce dernier point dépend nécessairement du jugement sur la question de propriété, on considère la condamnation aux dommages et intérêts, comme un accessoire de l'*actio in rem* [26].

Dans d'autres cas on a cru voir un concours de l'élément personnel et de l'élément réel, qui ne permettrait pas de considérer l'un comme l'accessoire de l'autre. Cela a eu lieu dans les actions qui ont pour but le partage d'une chose commune, et qui sont au nombre de trois, savoir : l'*actio finium regundorum*, en règlement de bornes, l'*actio familiæ erciscundæ*, en partage d'une succession et l'*actio communi dividundo*, tendante au partage de toute autre communauté. A cause de ce concours apparent des deux éléments, Justinien a appelé ces actions *mixtes* [27]. Cependant, en examinant

[23] L'application de ces termes, même aux questions d'état, s'explique parce que dans l'origine les contestations de ce genre se jugeaient sous la forme d'une revendication. Voyez ci-après livre IV.

[24] Fr. 178, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16.—Fr. 28, D., *de obl. et act.* 44, 7. —Cf. § 2, I., *quib. modis obl. toll.* 3, 39.—Fr. 18, § 1, D., *de acceptil.* 46, 4.— Voyez cependant Fr. 1, pr. D., *de SC. Macedon.* 14, 6.

[25] Voyez ci-dessus § 129, et ci-après livre III, où nous aurons l'occasion d'expliquer comment ces termes étroits ont pu servir à désigner des classes entières d'actions. Ici nous nous bornons à reproduire la remarque que nous avons faite plusieurs fois, savoir que le sens précis d'un terme de droit est ordinairement déterminé par le mot auquel il est opposé.

[26] Fr. 25, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1.

[27] § 20, I., *de actionibus* 4, 6. « Quædam actiones mixtam causam obtinere videntur, tam in rem, quam in personam. Qualis est *familiæ erciscundæ actio...*, item *communi dividundo...*, item *finium regundorum...* » Fr. 22, § 4,

de près la nature de ces *judicia divisoria*, on reconnait aisément qu'en réalité ils sont personnels; car ils sont basés sur les rapports obligatoires qui existent entre les parties à cause de la communauté dans laquelle elles se trouvent [28]. Ce qui a peut-être donné lieu à l'erreur de Justinien, c'est que le jugement dans ces actions, l'*adjudicatio*, a pour effet d'attribuer le droit de propriété, droit qui conduit à une *actio in rem* [29].

III. Il nous reste à parler d'une classe d'actions que l'on désigne ordinairement par le nom d'*actiones in rem scriptæ*. Ces actions sont de leur nature personnelles, mais de fait elles ont une direction réelle qui leur a été imprimée par la loi positive. Cette particularité tient à ce que dans certains cas le droit romain fait naitre une obligation d'une circonstance, souvent fortuite et indépendante de la volonté de la personne obligée. Nous donnerons les détails au livre des obligations, en nous bornant ici à un exemple dont l'exposé servira d'explication à ce que nous venons de dire. Si le fleuve enlève, par une force subite, ma barque et l'entraine sur le fonds de mon voisin, ce dernier se trouvera, par suite de cet événement fortuit, dans un rapport obligatoire envers moi. Il est bien vrai qu'il n'a rien fait pour créer cette obligation; mais par la loi il est obligé de me mettre à même de reprendre ma barque. S'il le refuse, je puis intenter contre lui une action qui est appelée *actio ad exhibendum* à cause du but vers lequel elle tend. Cette action, on le voit, est par sa nature personnelle, car elle a pour fondement

D., *famil. ercisc.* 10, 3. « ... Ex duobus constat, id est, rebus atque præstationibus, quæ sunt personales actiones. » — Au Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7 Ulpien appelle ces actions *mixtes* sous un autre point de vue. Voyez ci-après § 138, nº III. — En général le mot *mixte* a une signification vague qui ne se détermine que par l'antithèse. Voyez encore § 138, nº I, et ce que nous dirons au livre V de la *hereditatis petitio*.

[28] Nous en fournirons la preuve aux livres III et V. Ici nous nous bornerons à faire observer que la nature personnelle de ces actions est déjà reconnue dans nos sources. Fr. 1, § 1, D., *finium regund.* 10, 1. « Finium regundorum actio in personam est, licet pro vindicatione rei est. » — L. 1, § 1, C., *de annali except.* 7, 40.

[29] Théophile, ad § 20, I., *de act.* 4, 6. — On a cherché à écarter le reproche que nous adressons à Justinien, en prétendant que le mot *mixtæ* au § 20 cité aurait la même signification que dans le Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7, (note 27). Thémis, tome V, p. 283, de l'édit. de Bruxelles. Mais cette justification est inadmisible à cause de la rédaction du § 20, et de plus inconciliable avec Théophile.

[30] Fr. 3, § 4, D., *ad exhibendum* 10, 4.

l'obligation que nous venons d'indiquer. Mais cette obligation même dépend de l'existence de ma barque sur le terrain du voisin, à tel point que, si demain la barque était emportée par le torrent sur le terrain d'un autre voisin, le premier cesserait d'être obligé, et l'obligation passerait au second, contre lequel je devrais dès lors intenter mon *actio ad exhibendum* [30]. L'action est donc pour ainsi dire attachée à la barque, non pas qu'elle ait pour fondement un droit réel [31]; mais l'obligation qui donne lieu à l'action suit la chose partout où elle se trouve. C'est par ce motif que l'action, quoique personnelle, est appelée *in rem scripta* [32].

§ 136. *Civiles, honorariæ actiones.* — *Stricti juris, bonæ fidei actiones.* — *Arbitrariæ actiones.*

I. *Civiles, honorariæ actiones* [33]. *Actiones civiles* sont celles qui dérivent du *jus civile*. Ce terme comprend donc toutes les actions introduites soit par l'usage, soit par la législation, tant de la République que de l'Empire, soit enfin par l'interprétation des jurisconsultes et par la pratique. *Honorariæ* sont celles qui doivent leur origine aux édits des magistrats. L'immense majorité des actions honoraires a été créée par les préteurs, *actiones prætoriæ;* il y a aussi quelques *actiones ædilitiæ* [34]. — La division des actions en *civiles* et *honoraires* n'a plus aucune importance dans le droit nouveau. Anciennement elle n'était pas sans conséquences pratiques.

[31] En effet 1° il se peut que le voisin ne conteste aucunement que je sois propriétaire de la barque; 2° pour intenter l'action il n'est pas même nécessaire que je sois propriétaire; il suffit que j'aie un intérêt à l'exhibition. Fr. 3, §§ 9-12. Fr. 19, D., *ad exhib.* 10, 4.

[32] Ce nom qui au reste ne se rencontre qu'une seule fois dans nos sources (Fr. 9, § 8, D., *quod metus causa.* 4, 2), provient probablement de la ressemblance qui devait exister entre l'intention de cette action et l'intention des *actiones in rem*. En effet, comme l'obligation du défendeur ne provenait pas nécessairement d'un fait qu'il avait posé lui-même, mais pouvait dépendre d'une circonstance étrangère à sa volonté, il n'était pas nécessaire de mentionner son nom dans cette partie de la formule. Voyez ci-dessus notes 15 et 16. — On compte ordinairement parmi les *actiones in rem scriptæ* : l'*actio ad exhibendum*, l'*actio quod metus causa*, l'*actio de pauperie*, l'*actio Pauliana*, l'*actio aquæ pluviæ arcendæ*, les interdits *quod vi aut clam* et *quod legatorum*. Nous ne pourrons expliquer que plus tard la nature de ces actions.

[33] § 3, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 25, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7.

[34] Tit. C., *de Ædil. act.* 4, 58. — § 1, I. *Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur.* 4, 9. — Voyez surtout Tit. D., *de Ædil. edicto* 21, 1.

Ainsi pendant longtemps les actions civiles n'étaient point sujettes à la prescription, tandis que les actions honoraires se prescrivaient en général par un laps de temps assez court. En outre, un grand nombre d'actions civiles avaient une formule *in jus concepta*, tandis que toutes les actions honoraires étaient nécessairement *in factum conceptæ*. Enfin, d'après ce que nous savons des *judicia legitima* et des *judicia imperio continentia*, nous serions tenté de croire que toutes les actions honoraires appartenaient à cette dernière catégorie; cependant Gaïus nous apprend qu'une action prétorienne pouvait constituer un *legitimum judicium* [35] (Voyez encore ci-après, n° IV, litt. B).

II. *Stricti juris, bonæ fidei actiones*. Cicéron, dans une de ses plaidoiries, établit une distinction entre *judicia* proprement dits et *arbitria*, et nous apprend que dans les premiers la contestation entre parties est traitée avec la plus grande rigueur, tandis que dans les derniers le juge a plus de latitude et peut avoir égard à l'équité [36]. Cette manière différente d'examiner et de juger les points litigieux entraine des conséquences pratiques très-importantes que nous trouvons signalées dans nos sources. Mais nous y cherchons en vain la base sur laquelle la distinction elle-même est fondée. Nous sommes à cet égard réduits aux hypothèses. Voici, selon nous, la manière la plus plausible d'expliquer l'origine de la division de Cicéron.

La procédure rigoureuse des *judicia* avait lieu, quand la prestation dont on poursuivait l'exécution était de prime abord déterminée d'une manière certaine; dans tous les autres cas on suivait le mode plus libre des *arbitria*. On comprend, en effet, que les jugements étaient plus simples, lorsqu'il s'agissait d'une somme d'argent ou d'une autre prestation dont la quotité était déterminée d'avance (*pecunia certa*, ou en général *res certa*) [37], que lorsqu'il

[35] Gaius, IV, 109. « Ceterum potest ex lege quidem esse judicium, sed legitimum non esse; et contra ex lege non esse, sed legitimum esse... Si ex ea causa ex qua nobis edicto Prætoris datur actio, Romæ sub uno judice inter omnes cives romanos accipitur judicium, legitimum est. » Voyez Zimmern, *Traité des actions*, § 34, (page 90 de la traduction de M. Étienne).

[36] Cicéron, *pro Roscio comœdo*, c. 4. « Quid est in *judicio?* Directum, asperum, simplex : si paret sestertium I ƆƆƆ dari oportere. Hic nisi planum facit sest. I ƆƆƆ ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in *arbitrio? Mite, moderatum, quantum æquius melius*, id dari. »

[37] Cicéron, *pro Rosc. com.* 4. « ... Aliud est judicium, aliud arbitrium. Judicium est *pecuniæ certæ*, arbitrium *incertæ*.

fallait encore estimer et fixer la valeur de la prestation. Dans le premier cas, le juge n'avait qu'à examiner la question de savoir si la somme ou la chose réclamée était due ; dans le second, il devait en outre évaluer le montant de la condamnation et remplir, pour ainsi dire, les fonctions d'*expert* [38]. Cette différence dans les opérations auxquelles il était appelé, déterminait le choix du citoyen chargé de l'examen et du jugement de la cause. Quand il s'agissait de *res certa*, le juge était pris parmi les notables inscrits dans la matricule des juges (*album judicum*); quand il y avait lieu à évaluation, il pouvait paraitre préférable de prendre le juge en dehors de la matricule parmi les personnes ayant des connaissances spéciales [39]. Le juge-expert était désigné par le nom de *arbiter*, à cause de la latitude que le préteur devait lui laisser dans ses recherches et dans sa décision. Cette latitude se montrait surtout en ce qu'il était permis à l'*arbiter* de tenir compte des objections, *exceptiones*, que les parties pouvaient présenter dans les débats ; tandis que le *judex* devait se conformer rigoureusement à l'ordre du préteur : *Si paret, condemna ; si non paret, absolve* [40], et ne pouvait avoir égard aux *exceptiones* que pour autant qu'elles avaient été expressément insérées dans la formule. Le pouvoir

[38] Fr. 11, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 109, § 1, D., *de leg. I* (30). — Fr. 12, D., *de leg. III* (32). — Fr. 37, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — Voyez aussi Fr. 9. 10, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8.

[39] Sénèque, *de beneficiis* III, 7, à la fin de la note suivante. — Pline, *Hist. nat. Dedicatio.* — M. de Savigny, *Système,* t. V, § 218, et l'appendice qui se trouve à la fin de ce tome.

[40] Cicéron, *pro Roscio com.* 4. « Ad judicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus, aut amittamus ; ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil, neque tantum, quantum postulamus, consequamur... Quis unquam ad arbitrium, quantum petiit, tantum abstulit? » — Sénèque, *de clementia*, II, 7. « ... Clementia liberum arbitrium habet : non sub formula, sed ex æquo et bono judicat, et absolvere illi licet, et quanti vult, taxare litem. — Le même, *de benefic.* III, 7. « ... Ideo melior videtur conditio causæ bonæ, si ad judicem, quam si ad arbitrum mittitur : quia illum formula includit, et certos, quos non excedat, terminos ponit ; hujus libera et nullis adstricta vinculis religio, et detrahere aliquid potest, et adjicere, et sententiam suam, non prout lex aut justitia suadet, sed prout humanitas et misericordia impulit, regere... De quibusdam etiam imperitus judex demittere tabellam potest, ubi fecisse aut non fecisse pronuntiandum est. ubi prolatis cautionibus controversia tollitur. Ubi vero inter disputantes ratio jus dicit, ibi animi conjectura capienda est : ubi id, de quo sola sapientia decernit, in controversiam incidit, non potest ad hæc sumi judex ex turba selectorum, quem census in album et equestris hereditas misit. »

discrétionnaire de l'*arbiter* était ordinairement indiqué dans l'*intentio* qui portait que les prétentions des parties devaient être jugées *ex fide bona, ut inter bonos agier oportet et sine fraudatione, quantum æquius melius* [41]. De là vient le nom de *bonæ fidei actiones*, auquel on oppose quelquefois les *stricta judicia, stricti juris actiones* [42].

Les conséquences qui découlent de la nature de ces actions et que nous n'avons indiquées que très-sommairement, furent ensuite développées et déterminées avec plus de précision [43]. Les jurisconsultes romains traitent presque exclusivement des effets pratiques et ne s'occupent guère de la base originaire de la distinction. Dès lors il a pu se faire que, pour assurer à une action tel avantage dépendant de la diversité de procédure, on lui ait accordé la qualité de *bonæ fidei* ou *stricti juris actio*, sans tenir compte de la nature de l'objet [44]. Quoi qu'il en soit, dans cette matière, comme dans presque toutes les autres, le principe libre finit par prévaloir. Les *stricti juris actiones* perdirent de plus en plus de leur rigueur. D'abord les particularités qui tenaient à l'ancienne procédure disparurent avec les formules, et dans le droit nouveau il n'en est plus question. La différence dans les conséquences matérielles s'effaça également de plus en plus; cependant nous en trouvons encore des traces dans la législation de Justinien.

Il nous reste à faire une dernière observation. La division de Cicéron en *arbitria* et *judicia* semble être générale; celle en *stricti juris* et *bonæ fidei actiones* est moins étendue [45]. D'abord elle ne

[41] CICÉRON, *Topica.* 17 (16). In omnibus igitur iis judiciis, in quibus, IN FIDE BONA, est additum : ubi vero etiam, INTER BONOS BENE AGIER : imprimis in arbitrio rei uxoriæ, in quo est, ÆQUIUS MELIUS... » — LE MÊME, *de offic.* III, 15. 16. 17 ; *epist. ad famil.* VII, 12. — Il est probable que ces termes contenaient une certaine gradation ; et il paraît que la forme ÆQUIUS MELIUS indiquait le plus haut degré de latitude laissée au juge.

[42] Le terme *bonæ fidei actiones* se rencontre fréquemment, mais le mot *stricti juris actiones* est peu usité. Nous ne le trouvons qu'au § 28, I., *de actionibus* 4, 6. Des expressions analogues se lisent Fr. 5, § 4, D., *de in litem jur.* 12, 3. — Fr. 3, § 2, D., *commodati* 13, 6. — L. un. § 2, C., *de rei uxor. act.* 5, 13.

[43] Voyez ci-après livre III.

[44] Cela se montre surtout dans la législation de Justinien. Voyez les constitutions par lesquelles il donne la qualité de *bonæ fidei actiones* à la pétition d'hérédité et à l'action en restitution de la dot. L. 12, C., *de hereditatis petitione* 3, 31. — L. un. C., *de rei uxoriæ actione* 5, 13.

[45] Voyez M. DE SAVIGNY, *Système*, etc., tome V, § 218. 219, et appendices.

comprend pas les actions prétoriennes qui toutes sont *arbitria;* et même, dans la classe des actions civiles, elle ne s'applique qu'aux *actiones in personam* qui tendent à la poursuite des obligations résultant de contrats ou de rapports analogues aux contrats. (Voyez ci-après, n° IV) [46].

III. *Arbitrariæ actiones.* Dans certains cas le juge avait la mission spéciale de se faire médiateur entre les parties avant de prononcer le jugement. Cela avait surtout lieu dans les actions qui tendaient à obtenir la restitution d'une chose. Nous avons vu ci-dessus, (§ 131, note 50), que même dans ces cas la *condemnatio* devait être d'une somme d'argent, qui d'ordinaire dépassait la valeur de l'objet à restituer. Mais par des motifs d'équité, on permettait au défendeur d'éviter la condamnation en désintéressant le demandeur. De cette manière le véritable but de la demande se trouvait atteint par voie indirecte. Les formules conçues d'après ce principe, et qui ordonnent au juge de ne condamner le défendeur que *nisi restituat, nisi exhibeat*, s'appellent *arbitrariæ*, de même que les actions dans lesquelles elles étaient usitées [47].

IV. En combinant les divisions dont il a été question, nous obtenons la classification suivante [48] :

A. Civiles actiones.

I. *In personam.*

a. Résultant d'un contrat ou d'un rapport analogue aux contrats. Ces actions peuvent être :

[46] Ce n'est qu'au livre des obligations que nous pourrons déterminer en détail quelles sont les actions qui rentrent dans la catégorie des *bonæ fidei judicia*. Pour le moment nous devons nous borner à des considérations générales. — Au reste on trouve des énumérations plus ou moins complètes dans Cic., *de off.* III, 17; *de natura deor.* III, 30. — Gaius, IV, 62. — § 28. 29, I., *de actionibus* 4, 6.

[47] § 31, I., *de action.* 4, 6. « Præterea quasdam actiones *arbitrarias*, id est, ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat, vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat. Sed istæ actiones tam in rem quam in personam inveniuntur... In his enim actionibus... permittitur judici ex bono et æquo, secundum cujusque rei de qua actum est naturam, æstimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat. » — Voyez encore Gaius, IV, 163. « ... Accipit formulam, quæ appellatur arbitraria, nam judicis arbitrio, si, quid restitui vel exhiberi debeat, id sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur; quod si nec restituat nec exhibeat quanti ea res est condemnatur... »

[48] Nous empruntons ce tableau, sauf une légère modification, au *Système de droit romain*, de M. de Savigny, t. V, § 218, vers la fin.

1° *Stricti juris*, rentrant dans la catégorie des *judicia* proprement dits;

2° *Bonæ fidei*, rentrant dans la catégorie des *arbitria*.

b. Résultant d'un délit. Elles sont toutes *judicia*.

II. *In rem*. Elles sont toutes *arbitria*.

B. Honorariæ actiones. Elles sont toutes *arbitria*, qu'elles soient *in rem* ou *in personam*, qu'elles proviennent d'une convention ou d'un délit.

Enfin, les actions *civiles* ou *honoraires*, dans lesquelles le juge ne condamne qu'au cas où le défendeur ne désintéresse pas le demandeur, sont *arbitrariæ actiones*. Elles sont toutes *arbitria;* mais tout *arbitrium* ne constitue pas une *arbitraria actio*.

Observation. L'hypothèse sur l'origine de la division en *stricti juris* et *bonæ fidei actiones*, que nous donnons dans le n° II de ce paragraphe, paraît extrêmement simple, et amène, de la manière la plus naturelle, les conséquences pratiques que nos sources attribuent à ces deux espèces d'actions. Pourtant nous ne nous rappelons pas de l'avoir rencontrée dans aucun ouvrage sur le droit romain. En présence de ce fait, nous avons hésité longtemps à la prendre pour base de notre doctrine. Il faudrait une longue dissertation pour faire connaître tous les motifs qui nous y ont engagé; nous nous bornerons ici à indiquer ceux qui sont susceptibles d'une analyse très-succincte. D'abord il est incontestable que Cicéron donne partout le *certum*, même la *certa pecunia* comme l'élément constitutif du *judicium* proprement dit [49]. La même idée se reproduit chez les jurisconsultes postérieurs, quoiqu'elle n'y soit pas exprimée avec autant de précision [50]. Notre hypothèse serait à la vérité sérieusement menacée, s'il était prouvé, d'une manière irréfragable, que *toutes les* condictiones et *toutes les actions résultant d'une stipulation* étaient *stricti juris*. Mais 1° cette preuve n'a point été fournie à l'égard des *condictiones*. On pourrait même citer des passages qui semblent dire le contraire [51]. Aussi relativement à la

[49] Cicéron, *pro Rosc. com.* 4.

[50] § 30, I., *de actionibus* IV, 6. « In bonæ fidei autem judiciis libera potestas permitti videtur judici ex bono et æquo *æstimandi, quantum* actori restitui debeat... » — Il y a aussi un passage de Gaius qui appuie fortement notre hypothèse, IV, 141. « ... Ad *judicem* recuperatoresve itur, et tum ibi editis formulis quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum sit...; et modo *cum pœna* agitur, modo *sine pœna :* cum pœna, velut cum per sponsionem agitur; sine pœna, velut cum *arbiter* petitur... »

[51] Fr. 50, pr. D., *de jure dotium* 23, 3. « Quæ fundum in dote habebat di-

condictio incerti tout le monde convient qu'elle participe de la nature des *bonæ fidei actiones* [52], et pour lui conserver le caractère de *stricti juris actio* on se borne à dire que la formule ne contenait pas les mots : *ex fide bona*. Cet argument a peu de force, car rien ne prouve que ces mots aient été indispensables dans les actions de bonne foi. D'un autre côté, il nous parait peu conséquent de ranger parmi les *judicia* une action dans laquelle le juge devait nécessairement avoir plus ou moins de latitude. En effet, cette latitude pouvait être plus ou moins étendue dans les *bonæ fidei actiones*, mais l'idée du *strictum judicium* exclut tout pouvoir arbitraire du juge [53]. 2° L'opinion que *toute stipulation*, quel qu'en soit l'objet, produit une *stricti juris actio*, est généralement admise, mais elle est loin d'être à l'abri de toute objection. C'est évidemment à tort que l'on se fonde sur les Fr. 5, § 4, Fr. 6. D., *de in litem jurando*, 12, 2, sur Théophile, au § 8. I. *de exceptionibus*, et sur d'autres passages analogues [54]. Un argument plus difficile à rencontrer pourrait être tiré de la L. un., § 2. C. *de rei uxoriæ actione*, 5, 13, où Justinien, en parlant de l'*actio ex stipulatu* en restitution de la dot, dit expressément : « *Stricto jure esse vallatam, neque ex bona fide descendere* [55]. » Encore pourrions-nous objecter que ce passage, malgré la précision des termes, ne dit pas, d'une manière absolue, que l'*actio ex stipulatu* est toujours nécessairement *stricti juris*. Toutefois nous

vortio facto, cum in matrimonium rediret, pacta est cum viro, *uti decem in dotem acciperet et fundum sibi restitueret*. Ac datis decem, priusquam fundus ei restitueretur, in matrimonio decessit. Illud ex *bona fide* est, et negotio contracto convenit ut fundus, quasi sine causa penes maritum esse cœperit, *condicatur*. »

[52] Voyez surtout Zimmern, *Traité des actions*, § 62 (page 178 de la traduction de M. Étienne).

[53] Cicéron, *pro Rosc. com.* 4. « Ad *judicium* hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus... Ejus rei ipsa verba formulæ testimonio sunt. Quid est in judicio? Directum, asperum, simplex... »

[54] Théophile, *l. l.*, parle expressément de *pecunia certa*. — Quant à l'argument qu'on tire de ce que, dans les Fr. 5, § 4. Fr. 6, D., *de in litem jur.* 12, 3, l'*actio ex stipulatu* est comptée parmi les *stricta judicia*, il repose uniquement sur la supposition gratuite, que *actio ex stipulatu* est le terme technique et exclusif pour désigner l'action résultant d'une *stipulatio incerti*. C'est un passage des Institutes (Pr. I., *de verb. oblig.* 3, 15) qui a donné lieu à cette erreur; mais de nombreux textes prouvent que l'*actio ex stipulatu* s'applique à toutes les stipulations tant *certi* que *incerti*. Paul, *S. R.*, II, 22, 2. — Fr. 42, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 28, D., *de act. emti*. 19, 1. — Fr. 45, D., *soluto matrim.* 24, 3. — Fr. 51. 83, § 6, D., *de verb. obl.* 45, 1. — L. 14, C., *de pactis* 2, 3. — L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4., etc.

[55] Voyez aussi § 29, I., *de actionibus* 4, 6.

n'insisterons pas sur cette interprétation forcée ; mais nous ferons observer que les stipulations en restitution de la dot, qui sont mentionnées dans le Digeste, ont toutes pour objet *certam pecuniam* ou *quantitatem* [56]. Enfin l'opinion que nous combattons ne saurait être conciliée avec le témoignage de la loi *de Gallia cisalpina*, dans laquelle nous trouvons deux fois la formule d'une *action de bonne foi*, ayant pour objet un *incertum* promis par la *stipulatio damni infecti* [57]. La conclusion favorable que nous tirons de ces passages authentiques, acquiert plus de force encore quand on considère que dans le Digeste aussi les actions résultant de la *cautio damni infecti* et de plusieurs autres stipulations prétoriennes ont, sans aucun doute, la nature des *bonæ fidei actiones* [58]. Au reste, nous espérons pouvoir donner de nouveaux arguments à l'appui de notre hypothèse au livre des obligations.

§ 137. *Directæ, utiles actiones.* — *Vulgares, in factum actiones.* (*Præscriptis verbis actiones.*)

I. *Directæ, utiles actiones.* On entend par *utiles actiones* celles qui ont été créées par analogie d'une action déjà existante [59]. Toute autre action peut s'appeler *directa* ou *vulgaris* [60]. La création des *utiles actiones* est conforme à l'usage des Romains, qui dans leurs réformes procédaient rarement d'une manière radicale, mais se bornaient à étendre les institutions existantes à mesure que les besoins de l'époque faisaient découvrir des lacunes dans la législation [61]. Par rapport aux actions, cette extension se faisait surtout

[56] Fr. 45, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 29, § 1, D., *de pactis dotal.* 23. 4.

[57] « QUIDQUID EUM Q. LICINIUM EX EA STIPULATIONE L. SEIO DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. » *Lex de Gallia cisalpina*, c. 20.

[58] Voyez en général les Titt. D., 39, 2. 46, 7. 46, 8 et particulièrement Fr. 5, pr., *usufr. quemadm. cav.* 7, 9. — Fr. 13, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 25, § 1, D., *soluto matrimonio* 24, 3. — Fr. 21, § 2, D., *de operis novi nunc.* 39, 1. — Fr. 18, § 6, Fr. 28. 29. 37 in f. 39. 40, D., *de damno inf.* 39, 2. — Fr. 11. 12. 16-19, D., *judicatum solvi* 46, 7. — Fr. 19. 22, § 7, D., *ratam rem haberi* 46, 8.

[59] Cette analogie est souvent exprimée par le mot *quasi* qui précède le nom de l'action, par exemple, *quasi Serviana actio.* — Le mot *utilis* indique la même idée; M. Hugo le fait même diriver de *ut, uti.* HUGO, *Gesch. des R. R.*, p. 657 (éd. XI).

[60] Le mot *directa* est plus usité. *Vulgaris actio* est opposée à *utilis actio* dans le Fr. 46. D., *de hered. instit.* 28, 5.

[61] Fr. 21, D., *de præscr. verbis* 19, 5. « Quoties deficit actio vel exceptio, utilis actio vel exceptio danda est. »

au moyen de *fictions*, insérées dans l'*intentio* de la formule; et nous trouvons dans nos sources beaucoup d'exemples de *fictitiæ actiones* [62]. Quand une *utilis actio* était créée, rien n'empêchait que le principe qui l'avait fait naître ne fût étendu à son tour et ne donnât lieu à une nouvelle *utilis actio*. Ainsi nous avons vu que la *Publiciana in rem atio* a été créée comme *utilis* par analogie de la revendication, au moyen d'une fiction par laquelle on considérait le demandeur comme ayant accompli l'usucapion qu'il n'avait fait que commencer [63]. Or la *Publiciana actio* ne se rapportait d'abord qu'aux choses corporelles; par la suite, le principe qui la domine fut étendu aux servitudes, et dans cette application elle aurait pu s'appeler *utilis Publiciana actio* [64]. Au reste, toute notre division, qui dans l'ancien système formulaire avait une certaine importance, n'a plus qu'un intérêt historique dans le droit nouveau [65].

II. En combinant la division qui précède avec les divisions des formules que nous avons fait connaître au § 131, nous obtenons la classification suivante :

A. Les *actions vulgaires* étaient ou *civiles* ou *honoraires*. Les premières avaient toutes une *juris civilis intentio* et étaient par conséquent *in jus conceptæ*; les actions honoraires étaient toutes *in factum conceptæ* [66].

B. Aux actions vulgaires on oppose toutes les autres actions sous le nom général de *in factum actiones* [67]. Dans cette catégorie nous pouvons distinguer :

[62] Ulpien, XXVIII, 12. « Hi quibus ex successorio edicto bonorum possessio datur, heredes quidem non sunt, sed heredis loco constituuntur beneficio prætoris. Ideoque... *fictitiis actionibus* opus est, in quibus heredes esse finguntur. » — Gaius, IV, 34-38. « Ficto se herede... Fingitur rem usucepisse... Civitas ei romana fingitur... Fingimus, adversarium capite deminutum non esse. » Des exemples de *formulæ fictitiæ* se trouvent dans ces passages de Gaius. — Il va sans dire que ces *actiones fictitiæ* ne doivent pas être confondues avec les *fictiones* des *legis actiones*, dont nous avons parlé ci-dessus § 130, note 44.

[63] Voyez ci-dessus § 43, note 54.

[64] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2.

[65] Fr. 47, § 1, D., *de negot. gestis*. 3, 5. « Nec refert, *directa* quis, an *utili* actione agat, vel conveniatur : quia in extraordinariis judiciis, ubi conceptio formularum non observatur, hæc subtilitas supervacua est : maxime cum utraque actio ejusdem potestatis est, eundemque habet effectum. »

[66] Gaius, IV, 45. 46.

[67] Fr. 1., pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. « Nonnunquam evenit ut cessantibus *judiciis proditis* et *vulgaribus actionibus*, cum proprium nomen invenire non possumus, facile descendamus ad eas, quæ *in factum* appellantur... »

1° Les *actiones utiles,* c'est-à-dire, les actions créées par analogie, soit civiles, soit prétoriennes [68];

2° Une espèce particulière d'actions personnelles, fondées sur le droit *civil* et que l'on désigne par le nom de *civiles in factum* ou *præscriptis verbis actiones* [69]. Voici, en quelques mots, l'origine de ces actions : C'est un principe d'équité naturelle, que celui qui a reçu de nous quelque chose pour qu'il nous fasse une autre prestation équivalente, est tenu de remplir l'obligation qu'il s'est imposée ainsi lui-même. Aussi les Romains reconnaissaient-ils cette obligation; mais, comme dans la plupart des institutions du droit civil, on ne l'avait d'abord consacrée d'une manière expresse que dans quelques cas déterminés, pour lesquels on avait établi une action vulgaire [70]. Par la suite le principe fut étendu à d'autres cas analogues, et finit par être posé d'une manière générale [71]. Cependant, comme aucune des formules existantes ne s'appliquait exactement aux espèces nouvelles, on était obligé, tout en se servant d'une *intentio juris civilis,* de la modifier, ce qu'on faisait en y ajoutant un exposé des faits particuliers du cas auquel il s'agissait d'adapter la formule. Cet exposé précédait l'*intentio,* et c'est par ce motif que l'action était désignée par le nom de *præscriptis verbis actio,* de *præ—scribere* [72]. On l'appelait aussi (*civilis*) *in factum actio,* quoique la formule fût *in jus concepta* [73]. Au premier abord il parait y avoir contradiction entre ces deux termes; mais le fait s'explique aisément. En effet, l'action était fondée sur l'équité résultant de l'ensemble des faits particuliers de l'espèce, et, à ce titre, elle pouvait être appelée *in factum ;* mais dans la rédaction de la formule on se

[68] Fr. 11, D., *de præscr. verb.* 19, 5. — Fr. 33, D., *ad leg. Aquiliam* 9, 2. « ... Datur in te, ad exemplum legis Aquiliæ, in factum actio. »

[69] Fr. 2-4, D., *de præscr. verb.* 19, 5. « Nam cum deficiunt vulgaria atque usitata actionum nomina, *præscriptis verbis* agendum est, — in quam necesse est confugere, quoties contractus existunt, quorum appellationes nullæ jure civili proditæ sunt; — natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula. »

[70] Ces cas sont le prêt de consommation, *mutuum,* le prêt à usage, *commodatum,* le dépôt, *depositum,* et le contrat de gage, *pignus.*

[71] Fr. 7, § 2, D., *de pactis.* 2, 14.

[72] L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4. « ... Actio quæ præscriptis verbis rem gestam demonstrat... » — Gaius, IV, 132. « *Præscriptiones* autem appellatas esse ab eo, quod *ante* formulas *præscribuntur,* plus quam manifestum est. »

[73] Fr. 1, § 2. Fr. 2, pr. 13, § 1. Fr. 22, pr. D., *de præscriptis verbis* 19, 5. — Elle est aussi appelée *incerta civilis actio, civilis incerti actio, incertum judicium.*

servait d'une *juris civilis intentio*, et l'exposé des faits, la *præscriptio*, était considéré comme un complément qui ne suffisait pas pour changer la nature de la formule. (Voyez, au reste, ci-dessus, § 131, notes 52 et suiv.)

3° Les *prætoriæ in factum actiones*, actions nouvelles que le préteur créait pour des cas particuliers à mesure que le besoin s'en faisait sentir. C'était la forme la plus libre des actions [74].

Observation. Il est évident que dans bien des cas les termes *utilis actio* et *in factum actio* sont synonymes. D'abord toute action utile est *in factum*, et toute *actio in factum*, créée par analogie, est de sa nature *utile*. *A priori* rien ne s'opposerait donc à ce que l'*actio præscriptis verbis* fût comprise dans la catégorie des *utiles actiones* [75]. Si les Romains ne l'ont pas fait, la raison en est probablement que cette action ne doit pas son origine à l'application par analogie d'une *action*, mais plutôt à l'extension d'un *principe* qui dominait, à la vérité, plusieurs actions, mais qui, comme tel, n'était énoncé dans aucune formule spéciale [76].

§ 138. *Diverses autres espèces d'actions.*

I. *Actiones rei persequendæ causa comparatæ, actiones pœnales, actiones mixtæ* [77]. Cette division s'applique particulièrement aux actions qui résultent d'un délit ou en général d'un fait illicite. Pareil fait impose toujours à celui qui le commet l'obligation de réparer le dommage qu'il a causé. Mais dans plusieurs cas, la partie lésée peut en outre exiger une peine pécuniaire fixée par la loi. Or, l'action que nous avons pour répéter la chose dont nous avons été privés, ou pour obtenir réparation du dommage qui nous a été causé est

[74] Fr. 7, § 2, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 11, § 1, D., *de jurejur.* 12, 2. — Fr. 13, D., *de obl. et action.* 44, 7.

[75] Dans la L. 6, C., *de transactionibus* 2, 4, une *præscriptis verbis actio* est en effet appelée *utilis*. Mais il paraît plus probable que cette qualification se rapporte à l'espèce particulière dont il est question, et non point à toute la classe des *actiones præscr. verbis*. Voyez M. De Savigny, *Système*, etc., t. V, § 217, note *m*.

[76] En effet l'*actio præscriptis verbis* reposait bien sur le même principe qui avait fait créer l'obligation du *mutuum*, du commodat, du dépôt et du *pignus*; mais on ne pouvait dire qu'aucune des actions vulgaires résultant de ces contrats lui eût servi d'*exemplum*.

[77] Gaius, IV, 6-9. — §§ 16-19, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 35, D., *de obl. et act.* 44, 7.

appelée *rei persequendæ causa comparata, * rei persecutoria *;* celle par laquelle nous demandons le payement de la peine pécuniaire, s'appelle *pœnalis*. Dans certaines actions provenant d'un délit, les deux éléments se trouvent réunis, c'est-à-dire elles servent à demander à la fois réparation du dommage et payement de la peine. On les nomme *mixtæ*. — Quoique cette division n'ait d'importance que pour les actions provoquées par un fait illicite, Justinien l'applique à toutes les actions qui ont pour objet un intérêt pécuniaire. Dans cette acception la catégorie des actions *rei persecutoriæ* comprend toutes celles qui n'ont pas pour but la poursuite d'une peine [78].

II. *Præjudiciales actiones*. Nous avons vu ci-dessus qu'on entend par *præjudicialis formula* celle qui ne contient point de condamnation [79] (v. § 130, note 48). Le but des actions dans lesquelles on emploie pareille formule est de faire déclarer que telle qualité, tel droit nous revient, sauf à en tirer ultérieurement des conséquences. Cela peut se présenter dans beaucoup de cas, particulièrement quand on nous conteste une qualité personnelle. C'est à cette dernière espèce de contestations (*quæstiones status*), que les *præjudiciales actiones* semblent être restreintes dans le droit nouveau [80].

III. *Judicia simplicia* et *duplicia* [81]. On appelle *judicia duplicia* ou *mixta* ceux dans lesquels chaque partie peut obtenir le rôle de demandeur et de défendeur; en d'autres termes les procès dans lesquels la condamnation peut être dirigée aussi bien contre le demandeur que contre le défendeur [82]. Les *judicia simplicia* dans

[78] § 17, I., *de actionibus* 4, 6.

[79] Gaius, IV, 44. — Théophile, ad § 13, I., *de act.* 4, 6.

[80] § 13, I., *de actionibus* 4, 6. « *Præjudiciales* actiones in rem esse videntur, quales sunt, per quas quæritur, an aliquis liber, vel libertus sit, vel de partu agnoscendo... » — Dans l'ancien droit le terme avait une signification plus étendue. Gaius, IV, 44. « ... Sicut in præjudicialibus formulis, qualis est, qua quæritur, aliquis libertus sit, vel *quanta dos sit et aliæ complures*. » — Gaius, III, 123. — Paul, *S. R.*, V. 9, 1. — Fr. 30, D., *de rebus auct. jud. possid.* 42, 5.

[81] Gaius et Justinien ne traitent de cette division que par rapport aux *interdits*. (Gaius, IV, 156-160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15.) Le terme *judicium duplex* appliqué aux actions en partage se trouve Fr. 2, § 1, D., *communi divid.* 10, 3. — Dans le Fr. 37, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7, ces actions sont appelées *mixtes*.

[82] § 7, I., *de interd.* 4, 15. « ... Ideo autem *duplicia* vocantur. quia par utriusque litigatoris in his conditio est, nec quisquam præcipue reus vel actor

lesquels ce fait ne peut se produire forment la règle; au nombre des *judicia duplicia* figurent les actions en partage [83] dont nous avons parlé au § 134, n° II, et quelques actions relatives à la possession [84].

IV. Il y a certaines actions pénales que tout citoyen pouvait intenter quoiqu'il n'y eût aucun intérêt personnel [85]. Ces actions, appelées *populares*, se rapportaient principalement à des questions d'intérêt général que nous considérons aujourd'hui comme étant du domaine de la police [86]. Celui qui intentait et faisait réussir une action populaire acquérait la peine dont la loi frappait le fait illicite qui y avait donné lieu. Si plusieurs individus se portaient en même temps demandeurs, le préteur accordait la préférence à celui qui lui paraissait le plus propre à poursuivre l'action, ou à celui qui était personnellement intéressé à ce que l'action eût son cours [87].

Observation. Nous aurions pu citer encore plusieurs espèces d'actions; mais des raisons de méthode nous engagent à les exposer aux endroits où nous traiterons des matières avec lesquelles elles ont un rapport direct. Ainsi nous parlerons de la division en *actiones perpetuæ* et *temporales* quand nous nous occuperons de la prescription. Les *condictiones* trouveront leur place au livre des obligations.

EFFETS DE L'ACTION INTENTÉE. LITIS CONTESTATIO.

§ 139.

Quand le demandeur a intenté son action, l'autorité judiciaire est saisie du procès (*controversia mota est*); mais l'action n'est réellement constituée et ne produit les effets dont nous allons parler qu'à partir de la *litis contestatio*. Nous avons vu ci-dessus que dans le principe on donnait ce nom à l'acte par lequel les parties

intelligitur, sed unusquisque tam rei, quam actoris partem sustinet. » — Voyez encore Gaius, IV, 157, et la note suivante.

[83] Fr. 10, D., *fin. regund.* 10, 1. — Fr. 2, § 3, D., *famil. ercisc.* 10, 2. — Fr. 2, § 1, D., *communi divid.* 10, 3.

[84] Voyez ci-après livre II. Introd. chap. II.

[85] Par des dispositions particulières les infâmes étaient privés de ce droit civil; les femmes et les impubères ne pouvaient l'exercer que quand ils y avaient quelque intérêt. Fr. 4. 6, *de popularibus actionibus* 47, 23.

[86] Tit. D., *de popularibus actionibus* 47, 23.

[87] Fr. 2. 3. § 1. D., *eod.*

s'engageaient mutuellement à accepter le *judicium* et à se soumettre à toutes les conséquences qui pouvaient en dériver [88]. Cet acte terminait la procédure devant le préteur, *in jure*, et fixait les prétentions respectives des parties. Il est évident qu'après la disparition de l'*ordo judiciorum* et de la séparation du *jus* et du *judicium*, il ne pouvait plus être question de l'ancienne *litis contestatio;* mais comme on y avait attaché des conséquences très-importantes, le nom en fut conservé, et on fixa par des lois particulières le moment de la procédure, à laquelle *lis contestata videtur* [89], ce qui évidemment ne peut être arrivé avant que les parties se soient expliquées sur leurs prétentions respectives [90].

C'est la *litis contestatio* qui donne à l'action le caractère d'obligation dont nous avons parlé au § 134. Elle remplace les rapports, qui ont pu exister entre les parties, par une obligation dont les effets sont définitivement réglés par le jugement. C'est ce qui fait dire aux Romains qu'elle opère une *novation* [91]. Les conséquences de cette nouvelle obligation se montrent de différentes manières. — D'abord quant aux *parties*, chacune d'elles peut exiger que l'affaire litigieuse soit poursuivie et terminée par un jugement [92].

[88] Voyez § 132, note 83.

[89] L. un. § 1, Th. C., *de actionibus certo temp. finiend.* 4, 14. — L. 14, § 1, I. C., *de judiciis* 3, 1. — L. un. J. C., *de litis contest.* 3, 9. — *Nov.* 53, c. 3; 82, c. 10; 96, c. 1.

[90] La même idée se trouve déjà exprimée dans une constitution de Sévère et Caracalla. L. un. in f. C., *de litis contestatione* 3, 9. « ... Lis enim tunc contestata videtur, cum judex per narrationem negotii causam audire cœperit. »

[91] Nous verrons ci-après au livre des obligations, en quoi cette soi-disant *novation*, qu'on appelle *necessaria*, diffère des autres novations. Nous nous bornons ici à faire observer que l'idée de la novation ne saurait être appliquée aux droits qui donnent lieu à une *actio in rem*. Voyez ci-après note 95.

[92] Fr. 74, pr. D., *de judiciis* 5, 1. — Gaius, III, 180. « ... Apud veteres scriptum est, ante litem contestatam *dare* debitorem oportere, post litem contestatam *condemnari* oportere, post condemnationem *judicatum facere* oportere. » — Il y avait à cet égard une controverse sur la question de savoir, si dans les *judicia stricta* le défendeur pouvait éviter la condamnation en payant après la *litis contestatio*. Les Sabiniens se décidaient pour l'affirmative, *et hoc est quod vulgo dicitur, Sabino et Cassio placere, omnia judicia esse absolutoria*. Les Proculéiens, au contraire, soutenaient que le payement volontaire après la L. C., n'empêchait point que le défendeur fût condamné, sauf à lui d'opposer une exception à l'exécution du jugement ou de répéter comme indûment donné ce qu'il avait payé une seconde fois. Il va sans dire que, dans le droit nouveau l'opinion des Sabiniens a prévalu. Gaius, IV, 114. — § 2, I., *de tempor. act.* 4, 12.

Cette obligation fait partie de leurs biens, et passe aux héritiers tant du demandeur que du défendeur, qui en sont saisis de plein droit [93]. En outre, il résulte de cette novation que le demandeur ne peut plus poursuivre le défendeur d'une autre manière pour le même objet; car les anciennes relations sont remplacées par la nouvelle obligation. Anciennement il y avait à cet égard une différence. Le principe de la novation était maintenu avec rigueur dans les *actiones in personam in jus conceptæ*, qui se jugeaient *legitimo judicio*. En d'autres termes, dans ces cas l'obligation originaire était éteinte de plein droit, et le demandeur ne pouvait obtenir payement qu'en poursuivant l'action intentée. Dans les autres actions personnelles, ainsi que dans toutes les *actiones in rem*, on ne procédait pas avec la même sévérité. Le droit auquel l'action se rapportait n'était pas considéré comme éteint de plein droit; mais le préteur mettait le défendeur à l'abri d'une nouvelle poursuite pour le même objet, en lui accordant l'*exceptio rei in litem deductæ* [94]. Cette différence, en ce qui regarde les *actiones in rem*, était fondée dans la nature des choses. En effet, ces actions ne reposent point sur un droit d'obligation préexistant, qui puisse être remplacé; et la lésion dont le défendeur s'est rendu coupable ne peut pas avoir pour effet d'anéantir le droit réel ou personnel que l'action est destinée à protéger. Dans les *actiones in personam*, au contraire, le droit d'obligation préexistant passe en entier dans l'action, et a pu dès lors être remplacé par l'obligation résultant de la *litis contestatio* [95].

[93] Voyez § 140, note 1.

[94] Gaius, III, 180. « Tollitur adhuc obligatio litis contestatione, si modo legitimo judicio fuerit actum ; nam tunc obligatio quidem principalis dissolvitur, incipit autem teneri reus litis contestatione... » — Gaius, IV, 106. « Et si quidem imperio continenti judicio actum fuerit, sive in rem, sive in personam, sive ea formula, quæ in factum concepta est, sive ea quæ in jus habet intentionem, postea nihilominus ipso jure de eadem re agi potest : et ideo necessaria est exceptio rei judicatæ vel in judicium deductæ. 107. At vero, si legitimo judicio in personam actum sit ea formula, quæ juris civilis habet intentionem, postea ipso jure de eadem re agi non potest, et ob id exceptio supervacua est : si vero vel in rem vel in factum actum fuerit, ipso jure nihilominus postea agi potest, et ob id exceptio necessaria est rei judicatæ, vel in judicium deductæ. 108. Alia causa fuit olim legis actionum : nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso jure agi non poterat : nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum. »

[95] Ce que nous venons de dire montre que l'exceptio *rei in litem deductæ* était nécessaire dans les actiones *in rem*. Dans les *actiones in personam* le

La *litis contestatio* produit des effets analogues à l'égard de l'*objet* de l'action. Le contenu de l'obligation qui en résulte n'est, à la vérité, déterminé que par le jugement à intervenir; mais, par contre, le jugement a un effet rétroactif au jour de la *litis contestatio*. On peut donc dire avec raison que c'est par elle que l'objet de la demande est fixé. Il en résulte plusieurs conséquences : 1. Le demandeur ne peut plus rien changer à ses conclusions, particulièrement il ne peut plus exiger autre chose que ce qu'il a demandé par la *litis contestatio* [96]. 2. L'objet doit être donné dans l'état où il se trouvait lors de la *litis contestatio*, y compris les accessoires, *cum omni causa*. A partir de ce moment le défendeur est donc responsable de tout dommage qui peut arriver par sa faute [97], et il doit compte des fruits tant naturels que civils [98]. 3. Aucune des parties ne peut plus aliéner l'objet ou le droit en question sous peine de nullité, et d'une amende envers le fisc en cas de fraude [99].

principe de la novation aurait pu être maintenu dans toute sa rigueur. Si on ne l'a pas fait dans les *actiones in factum* et en général dans les *judicia imperio continentia*, la raison en est probablement, que ces actions dérivaient de l'*imperium* du préteur, et que le préteur ne pouvait pas annuler directement un droit, mais seulement le rendre inefficace au moyen d'une *exceptio*.

[96] Cela est surtout important dans les obligations alternatives dans lesquelles le créancier a le choix.

[97] Controverse des deux écoles : D'après les Proculéiens le défendeur était responsable de la perte de la chose arrivée même par cas fortuit; l'opinion plus équitable des Sabiniens, qui ne le rendaient responsable que de ce qui résulte de sa faute, a prévalu. Fr. 40, D., *de hered. petit.* 5, 2. — Fr. 15, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 12, § 3. Fr. 14, § 1, D., *depositi* 16, 3.

[98] § 3, I., *de officio judicis* 3, 17. — Fr. 20, D., *de rei vind.* 6, 1. « Præterea restituere debet possessor et quæ post acceptum judicium per eum (servum), non ex re sua, adquisivit..., nec enim sufficit, corpus ipsum restitui : sed opus est, ut et causa rei restituatur... » — Fr. 31, pr. D., *de reb. creditis* 12, 1. « Cum fundus vel homo per condictionem petitus esset, puto hoc nos jure uti, ut post judicium acceptum causa omnis restituenda sit : id est, omne quod habiturus esset actor, si litis contestandæ tempore solutus fuisset. » — Fr. 2, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 3, § 1, D., *eod.* « In his quoque judiciis, quæ non sunt arbitrariæ, nec bonæ fidei, post litem contestatam, actori causa præstanda est in eum diem quo sententia dicitur. Certe post rem judicatam tempus a fructibus dependendis immune est. »

[99] Déjà la loi des Douze Tables défendait de consacrer aux Dieux une chose litigieuse. Fr. 3, D., *de litigiosis* 44, 6. — Auguste déclara nulle toute aliénation volontaire des choses litigieuses, et la punit d'une amende si elle avait été faite frauduleusement. Gaius, IV. 117. — *Fragm. de jure fisci*, § 8. — Fr. 13. D., *famil. ercisc.* IV. 2. — Fr. 1, § 2, D., *quæ res pign. obl. non poss.*

COMMENT LES ACTIONS PRENNENT FIN.

§ 140. A. *Par la mort des parties. —* Translatio activa, passiva *.*

En général la mort des parties n'éteint point le droit d'action ; il passe aux héritiers tant du demandeur que du défendeur. C'est ce que les commentateurs entendent par *translatio actionis.* On appelle la translation *active* quand l'action passe aux héritiers du demandeur, et *passive* quand l'action peut être intentée contre les héritiers du défendeur. Les Romains disent dans ces cas, *actio heredibus datur, actio in heredes* ou *contra heredes datur* [100].

Toutefois cette règle générale n'est pas sans exceptions. Voici les dispositions du droit romain sur cette matière.

Après la litis contestatio, toutes les actions passent de plein droit aux héritiers tant du demandeur que du défendeur, *heredibus et in heredes dantur* [1].

Avant la litis contestatio. 1. La translation active a toujours lieu, *actio heredibus datur*, excepté dans quelques actions pénales, qui ont moins pour fondement une lésion matérielle qu'un affront personnel dont on veut tirer vengeance, et que par ce motif on appelle ordinairement *actiones meram vindictam spirantes* [2]. 2. Quant à la translation passive, il faut distinguer entre les *actiones in personam* et les *actiones in rem.* — Dans les premières la translation a lieu toutes les fois que l'obligation résulte d'une convention ou en général d'un fait licite. Quand l'obligation résulte d'un fait illicite, les actiones *rei persecutoriæ* sont données contre

20, 3. — Fr. 1, pr. Fr. 22, pr. D., *de jure fisci* 49, 14. — Ces dispositions furent confirmées et même rendues plus sévères par Constantin et Justinien. L. 2. 4, C., *de litigiosis* 8, 37.

[100] Tit. I., *de perpetuis et temporalibus actionibus, et quæ ad heredes et in heredes transeunt.* 4, 12.

[1] § 1, I., *de perpet. et tempor. act.* 4, 12. — Fr. 26. 58, D., *de obl. et act.* 44, 1. — Fr. 87. 139, pr. Fr. 164, D., *de regulis juris* 50, 17. — L. un. C., *ex delictis defunct.* 4, 17.

[2] Par exemple : l'*actio injuriarum* (Gaius, IV, 112. — § 1, I., *de perpet. et temp. act.* 4, 12, et Théophile, ad h. l. — Fr. 13, pr., D., *de injuriis* 47, 10. — Fr. 2, § 4, D., *de collat.* 37, 6. « ... Magis enim *vindictæ*, quam *pecuniæ* habet persecutionem) ; — l'*actio sepulcri violati* (Fr. 3, § 8, Fr. 10, D., *de sepulcro viol.* 47, 12). — Voyez encore Fr. 24, D., *de in jus voc.* 2, 4. — Fr. 4, D., *de calumnia* 3, 6. — Fr. 9, D., *de religiosis* 11, 7, etc.

les héritiers pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du délit, *in quantum locupletiores facti sunt*[3]; les actions *pénales* ne se transmettent point [4], les *mixtæ* ne se transmettent que pour la partie *rei persecutoria* [5]. Les *actiones in rem* n'existant pas contre une personne déterminée[6], il est évident qu'il ne peut point y avoir de translation passive à leur égard [7]. Si dans un cas particulier l'*actio in rem* peut être poursuivie à la charge de quelqu'un qui est héritier d'une personne contre laquelle on aurait pu la diriger auparavant, ce n'est pas en sa qualité d'héritier qu'il doit y répondre, mais bien parce que lui-même lèse personnellement le droit auquel son auteur avait aussi porté atteinte.

§ 141. B. *De la prescription.* 1. *Notion et introduction historique.*

Nous avons vu ci-dessus, § 92, qu'un droit ne se perd pas par non-usage. Mais la loi, en nous offrant les moyens de poursuivre et de faire valoir un droit, peut y attacher la condition d'en faire usage dans un délai déterminé. Si dans un pareil cas nous voulons recourir à ces moyens après l'expiration du délai, il sera loisible à notre adversaire d'éviter la poursuite en se fondant sur ce que nous ne sommes plus dans le délai fixé par la loi. Il en résultera

[3] Fr. 38, D., *de reg. juris* 50, 17. « Sicuti pœna ex delicto defuncti heres teneri non debeat, ita nec lucrum facere, si quid ex ea re *ad eum pervenit.* » — Fr. 44, D., *eod.* — Fr. 5, pr. D., *de calumn.* 3, 6. — Fr. 4, in f. Fr. 5-7, D., *de alien. jud. mut. causa fact.* 4, 7. — Fr. 3, pr. D., *de vi* 43, 16. — L. un. C., *ex delict. defunct.* 4, 17. — Dans l'action en restitution d'une chose volée, *condictio furtiva*, les héritiers sont tenus pour le tout, *in solidum.* § 19, in f. I., *de obl. quæ ex delicto* 4, 1. — Fr. 7, § 2. Fr. 9, D., *de condict. furtiva* 13, 1.

[4] § 1, I., *de perpet. et temp. act.* 4, 12. — Fr. 1, pr. D., *de priv. delictis* 47, 1. — Fr. 20, D., *de pœnis* 48, 19.

[5] § 9, I., *de lege Aquilia* 4, 3. — § 19, I., *de act.* 4, 6. — Fr. 23, § 8, D., *ad leg. Aq.* 9, 2. — Fr. 16, § 2, D., *quod metus causa* 4, 2, etc. — Il en est de même de l'*actio de dolo;* car le *dolus* participe de la nature du délit. Gaius, IV, 113. — § 1, I., *de perpet. et temp. act.* 4, 12. — Fr. 17, § 1. D., *de dolo* 4, 3. « Hæc actio in heredem... datur,... de eo, quod ad eos pervenit. » — Voy. Schrader, ad § 1, I., *cité.*

[6] Voyez ci-dessus § 135.

[7] Mais il est évident que le dommage qui résulte de la lésion d'un droit réel peut être poursuivi contre les héritiers du défendeur *in quantum locupletiores facti sunt.* Voyez ci-dessus § 135, n° II. A cet effet le droit romain donnait contre eux une *in factum actio.* — Fr. 42. 52. 55, D., *de rei vindicatione* 6, 1.

que nous serons déclarés non-recevables dans notre action, ou, comme on dit ordinairement, que notre action sera *prescrite.*

L'ancien droit romain ne connaissait point la prescription. On pouvait faire valoir ses droits quand on voulait. Mais quand le préteur créait une action nouvelle, il avait l'habitude de fixer un délai endéans lequel on pouvait profiter de cette faveur. Passé ce délai, qui était ordinairement d'un an, *annus utilis* [8], le défendeur était en droit d'opposer au demandeur une fin de non-recevoir, qu'on appelait *exceptio* ou *præscriptio temporalis*, parce qu'elle était fondée sur ce que le demandeur avait laissé passer le temps fixé par l'édit.

Sous les empereurs, le même principe fut appliqué aux actions qui avaient pour but la poursuite d'un droit réel. Il fallait les intenter dans un délai déterminé, qui était de dix ans, quand les deux parties habitaient la même province, *inter præsentes*, et de vingt ans, quand le défendeur habitait une autre province, *inter absentes*. Ce délai, plus long que les délais ordinaires de l'édit, fut appelé *longum tempus* [9].

Enfin, Théodose II statua que le plus long délai dans lequel on pourrait intenter une action quelconque, serait de trente ans, *longissimum tempus* [10]. Par cette disposition la prescription était devenue la règle, et toutes les actions étaient *temporales*. Cependant on conservait l'ancienne terminologie, et l'on continuait d'appeler *actiones perpetuæ* [11] celles qui avaient porté ce nom autre-

[8] Gaius, IV. 110. — Pr. I., *de perpetuis et temporalibus act.* 4, 12. Dans ce dernier passage et dans Théophile, ad h. l., on donne comme motif de ce délai, que « *et ipsius prætoris intra annum erat imperium;* » ce qui est évidemment erroné. Voyez Schrader, ad h. l., page 702.

[9] Fr. 76, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Paul, *S. R.*, V, 2. 3. 4. 5. — Voyez ci-après livre II, titre I.

[10] L. un. Th. C., *de actionibus certo tempore finiendis* 4, 14. (L. 3, J. C., *de præscr. XXX annorum* 7, 39). « Sicut in rem speciales, ita de universitate ac personales actiones ultra triginta annorum spatium minime protendantur, sed si qua res vel jus aliquod postuletur, vel persona qualicunque actione, vel persecutione pulsetur, nihilominus erit agenti triginta annorum præscriptio metuenda : eodem etiam in ejus valente persona, qui pignus vel hypothecam non a suo debitore, sed ab alio possidente nititur vindicare... § 1. Quæ ergo ante non motæ sunt actiones, triginta annorum jugi silentio, ex quo competere jure cœperunt, vivendi ulterius non habeant facultatem... § 3. Hæ autem actiones annis triginta continuis extinguantur, quæ *perpetuæ* videbantur, non illæ, quæ antiquitus finis temporibus limitantur. » (424).

[11] Pr. I., *de perpetuis et temporalibus act.* 4, 12.

fois et qui depuis Théodose s'éteignaient par le laps de trente ans. Le nom de *temporales actiones* restait aux actions qui se prescrivaient après un délai moins long.

Sauf quelques légères modifications [12], la chose en demeura là, et dans le droit nouveau la règle générale est que tout droit d'action doit être exercé endéans un certain temps déterminé par la loi. Ce temps passé, le défendeur peut repousser le demandeur au moyen d'une exception, appelée *exceptio* ou *præscriptio temporalis*.

Relativement à la terminologie, il est à remarquer que les mots *exceptio* et *præscriptio* sont au fond synonymes. Cependant, par des raisons de forme, que nous ne pouvons expliquer qu'au § 147, le moyen du défendeur dont nous venons de parler est plus souvent appelé *præscriptio* que *exceptio*. C'est par ce motif que dans le langage moderne *præscriptio* est devenu le terme technique pour désigner l'institution dont nous traitons, quoique dans son acception originaire, il signifie simplement : *moyen opposé à une action.*

Observation. Il ne faut pas confondre la *prescription de l'action* avec une institution particulière du droit romain qui ressemble sous quelques rapports à la *péremption* du droit français. Nous avons vu ci-dessus, § 132, note 96, que les procès dans les *judicia legitima* devaient être terminés dans le délai de dix-huit mois, et que la procédure dans les *judicia quæ imperio continentur* ne pouvait excéder l'année de la magistrature dans laquelle ils avaient été intentés [13]. Ces dispositions cessèrent d'être applicables, lorsque l'ancien *ordo judiciorum* eut disparu. — Des constitutions impériales depuis Constantin statuent, il est vrai, que les procès ne doivent pas excéder un certain laps de temps; mais ces ordonnances ne sont que des instructions pour les juges et n'influent point sur les droits des parties [14].

[12] *Nov. Valentin.* Tit. VIII. XII. — L. 4-6, J. C., *de præscr.* XXX ann. 7, 39. — L. 6, C., *fin. regund.* 3, 39. — L. 1, § 1, C., *de annali præscr.* 7, 40.

[13] Gaius, IV, 104. 105.

[14] L. un. Th. C., *de dolo malo* 2, 15. — L. 8, J. C., *eod.* 2, 21. — L. 2, pr. § 1. 3, Th. C., *de integri restit.* 2, 16. — L. 5, pr. 7, J. C., *de temp. in int. rest.* 2, 53.—L. 4. 13, Th. C., *de jure fisci* 10, 1.—L. ult. J. C., *eod.* 10, 1.—L. 1. 6, Th. C., *de naufrag.* 13, 9.—L. 2. 5. 6, J. C., *eod.* 11, 5.—L. 13, § 1, C., *de judiciis* 3, 1. « Censemus itaque omnes lites... non ultra *triennii* metas post litem contestatam esse protrahendas, sed omnes judices... : non esse eis concedendum ulterius litis quam triennii spatio extendere. »

§ 142. *Conditions requises pour la prescription.*

La prescription fait perdre le droit d'action à celui qui a négligé de le faire valoir dans le délai voulu par la loi. Cette perte peut avoir pour effet de procurer un avantage à celui contre qui l'action aurait dû être dirigée; mais cet avantage possible n'est qu'un effet accidentel. Ce qui constitue le caractère essentiel de la prescription c'est la perte du droit d'action qu'éprouve le demandeur. Aussi toutes les conditions requises pour la prescription se rapportent à la personne de ce dernier. Ces conditions sont :

1° *Actio nata.* Il est évident qu'il ne peut être question de prescription avant que l'action qui doit se prescrire ait pris naissance [15]. Il importe donc de constater avec précision le moment auquel une action commence à exister. A cet effet, nous n'avons qu'à appliquer les notions générales que nous avons données au § 134. L'action suppose comme éléments essentiels, 1° l'existence d'un droit; 2° une lésion de ce droit. Dès le moment où ces deux conditions se trouvent réunies, la prescription commence à courir. Cela a lieu dans les *actiones in rem* toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'exercer notre droit. Cette résistance à l'exercice de notre droit nous donne l'action et en même temps la personne contre laquelle nous devons l'intenter. Dans les *actiones in personam* notre droit est né dès que nous pouvons exiger l'exécution de l'obligation; avant ce moment on ne peut dire que le débiteur, en ne payant pas, lèse notre droit d'obligation. Il en résulte que, par rapport à une obligation à terme, la prescription ne commence à courir que quand le terme est arrivé. De même, quand l'obligation dépend d'une condition, il ne peut s'agir de prescription avant que la condition soit accomplie, puisque avant ce moment le droit même n'existe pas encore.

2° *Laps de temps.* Le délai ordinaire est de trente ans. Mais cette règle est soumise à de nombreuses exceptions. D'abord pour les *actiones temporales,* il y a des délais moins longs, que nous indiquerons quand nous traiterons de chaque action en particulier. Ici il suffit de faire observer que la plupart des *actions prétoriennes*

[15] L. 1, § 1, C., *de annali except.* 7, 40. « ... Ex quo ab initio competit et semel nata est. » — Voyez encore L. un. § 1, Th. C., *de act. certo temp. fin.* 4, 14. (L. 3, pr. J. C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39). — L. 7, § 4, J. C., *eod.* 7, 39. — L. 30, in f. C., *de jure dotium* 5, 12. — L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61.

ne durent qu'une *année utile* [16]. Ensuite des constitutions impériales assignent une durée plus longue à certaines actions. L'action hypothécaire, quand elle est dirigée contre le débiteur ou ses héritiers, ne se prescrit que par quarante ans [17]. Le même délai est fixé pour les actions du Prince à l'égard de ses biens propres, *fundi patrimoniales* [18], et pour les actions de l'Église et des *piæ causæ* [19]. — Au reste, il est à remarquer que pour le calcul des délais on suit la *computatio naturalis*, c'est-à-dire que la prescription n'est accomplie, *nisi novissimus dies completus sit* [20].

3° *Continuité*. Il ne suffit pas que le temps fixé par la loi se soit écoulé depuis que l'action a pris naissance; il faut en outre que la prescription pendant ce temps n'ait point été interrompue [21]. Elle est interrompue, *a*) si la lésion qui a donné naissance à l'action vient à cesser. Cette interruption, qu'on appelle ordinairement *naturelle*, a lieu dans les actions qui tendent à la poursuite d'une chose toutes les fois que le défendeur a été dépossédé de la chose, ne fût-ce qu'un instant; car dès ce moment il cesse de léser notre droit. Il se peut, à la vérité, que la personne qui l'a dépossédé, se rende à son tour coupable de lésion à notre égard; mais ce fait donnera lieu à une action nouvelle et partant à une nouvelle prescription [22].

[16] GAIUS, IV, 110 et suiv.— Pr. I., *de perpet. et tempor. act.* 4, 12. — Voy. aussi Fr. 35, pr. D., *de obligat. et actionibus* 44, 7. « In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut, quæ *rei persecutionem* habeant, hæ etiam *post annum* darentur, ceteræ intra annum. »

[17] L. un. Th. C., *de action. cert. temp. fin.* 4, 14. — L. 3. 4. 7, pr. J. C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39.

[18] L. 14. C., *de fundis patrim.* 11, 61.

[19] *Nov.* 111. 131, c. 6. — Antérieurement Justinien avait fixé un délai de 100 ans pour les actions de l'Église par la L. 23, C., *de SS. Ecclesiis* 1, 2, et avait même donné un effet rétroactif à cette disposition. Procope et Suidas racontent que cette mesure législative avait été prise pour mettre l'église d'Émèse à même de prendre possession d'une grande quantité de biens qu'elle réclamait en vertu de titres forgés par un faussaire. Voyez GIBBON, *Hist. de la décadence de l'emp. rom.*, chap. 44, n° 23.—Quoi qu'il en soit, ce privilége exorbitant fut étendu aux églises de l'Occident par la *Nov.* 9, mais il fut révoqué par la suite. Voyez les *Nov.* 111 et 131, c. 6, qui fixent un délai de 40 ans pour les actions des églises.

[20] Fr. 6, D., *de obl. et act.* 44, 7. « In omnibus temporalibus actionibus, nisi novissimus totus dies compleatur, non finit obligationem. »

[21] L. un. Th. C., *citée.* (L. 3, J. C., *citée.*) « *Jugi* silentio. » — L. 4. 7, pr. § 5, C., *de præscr. XXX.* 7, 39. — L. 2, C., *de annali except.* 7, 40.

[22] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39. — Il n'en est point de même lorsque le nouveau possesseur est le successeur du premier; car

Dans toutes les actions la lésion est considérée comme ayant cessé, si le défendeur reconnait le droit du demandeur, soit expressément, soit implicitement [23]. Sous ce rapport, il est à remarquer que le payement des intérêts vaut reconnaissance de la dette principale [24]. *b*) Si le demandeur intente l'action à l'égard de laquelle la prescription a commencé. Cette interruption, appelée *civile*, a également pour effet de faire cesser la prescription commencée. En effet, si le procès est mené à fin par jugement, ce jugement doit être exécuté. Mais si l'instance est interrompue, une nouvelle prescription commence à courir à partir du dernier acte de procédure, et elle n'est accomplie que par le laps de 40 ans. Anciennement, l'effet d'interrompre la prescription n'était attribué à l'action qu'après la *litis contestatio*, ce qui faisait dire que *litis contestatione actiones temporales perpetuantur* [25]. Dans le droit nouveau, la simple assignation suffit pour interrompre la prescription [26]. Si l'assignation ne peut être donnée à cause de l'absence du défendeur, le demandeur peut obtenir le même effet en s'adressant par écrit à l'autorité civile ou cléricale, ou en protestant devant notaire ou devant trois témoins [27].

Observation. Les praticiens des siècles derniers exigent encore comme condition de la prescription la bonne foi de la part du défendeur. Cette disposition, incompatible avec le droit romain, est fondée sur deux textes du droit canon [28]. Toutefois, comme dans

dans ce cas sa possession n'est autre chose que la continuation de la lésion de son auteur; par conséquent la prescription n'est point interrompue. Voyez ci-après § 144, note 36.

[23] L. 19, C., *de fide instrumentorum* 4, 21. — L. 7, § 5. L. 8, § 4, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39. — L. 5, C., *de duobus reis* 8, 40. — Voyez aussi Fr. 18, § 1, D., *de pecunia constituta* 13, 5.

[24] L. 8, § 4, C., *de præscr. XXX.* 7, 39. « ... Exceptionem etiam triginta vel quadraginta annorum in illis contractibus, in quibus usuræ promissæ sunt, ex illo tempore initium capere sancimus, ex quo debitor usuras minime persolvit. »

[25] Fr. 9, § 3, D., *de jurejur.* 12, 2. — Fr. 8, in f. D., *de fidej. et nomin.* 27, 7. — Fr. 29, in f. D., *de novat.* 46, 2. — Fr. 139, pr. D., *de regulis juris* 50, 17.

[26] L. 3. 7, pr. § 5, C., *de præscr. XXX.* 7, 39. — L. 1, § 1. L. 3, C., *de annali except.* 7, 40.

[27] L. 2, C., *de annali except.* 7, 40.

[28] Ces deux textes se trouvent dans la collection des Décrétales de Grégoire IX, que l'on cite ordinairement par le mot *Extra :* Cap. 5 et 20, Extra, *de præscriptionibus* 2, 26. Dans le premier passage le pape Alexandre III dit, que *nulla antiqua dierum possessio juvat aliquem malæ fidei possessorem ;*

ces deux passages, d'ailleurs très-explicites, il n'est question que d'actions dirigées contre quelqu'un qui retient la chose d'autrui, il semble que la règle du droit canon doive être restreinte aux cas où nous demandons la restitution d'une chose que le défendeur retient sans en avoir le droit, et que spécialement elle ne puisse être appliquée aux actions qui ont pour but d'obtenir le payement d'une somme d'argent, ou une autre prestation analogue.

§ 143. *Des causes qui empêchent la prescription, ou en suspendent le cours.*

On dit ordinairement que *contra agere non valentem non currit præscriptio.* Mais, comme le sens des mots *agere non valens* est très-élastique, cette règle ne laisse pas d'être dangereuse dans l'application. Nous allons la préciser en énumérant les causes qui empêchent la prescription de courir, ou en suspendent le cours.

La loi accorde d'abord des priviléges à certaines *personnes.* La prescription ne court point contre les pupilles, même quand ils ont un tuteur [29]. Quant aux mineurs, ils ont le même privilége à l'égard des *actiones temporales;* mais pour les *actiones perpetuæ* la prescription court contre eux [30]. Si une action imprescriptible pour l'impubère ou le mineur passe à ceux-ci d'un autre individu, contre lequel la prescription avait déjà commencé à courir, le cours en est suspendu pour le temps que dure l'imprescriptibilité. Ce temps passé, elle recommence à courir, et l'on fait entrer en compte le temps qu'elle avait couru avant de passer aux personnes privilégiées.

D'autres obstacles à la prescription proviennent de la nature de l'*objet* auquel l'action se rapporte. Ainsi la prescription ne court pas, 1° contre la femme mariée à l'égard des biens dotaux pendant la durée du mariage, par le motif que le mari est propriétaire de ces biens, durant ce temps [31]; 2° contre le fils de famille à l'égard des biens qui lui appartiennent, mais dont l'administration et

dans le second Innocent III statue, *ut nulla valeat absque bona fide præscriptio... unde oportet, ut, qui præscribit, in nulla temporis parte rei habeat conscientiam alienæ.* »

[29] L. un. § 2, Th. C., *de act. cert. temp. fin.* 4, 14. (L. 3, J. C., *de præsc. XXX ann.* 7, 39.) — L. 7, pr. § 1, J. C., *eod.*

[30] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est* 2, 41.

[31] L. 30, C., *de jure dotium.* 5, 12. A la rigueur cette disposition ne constitue pas une exception à la règle.

l'usufruit sont accordés au père, *peculium adventitium* [32]; 3° contre les créanciers d'une succession durant la confection de l'inventaire et le délai de délibération, parce que pendant ce temps il n'y a personne contre qui ils puissent agir [33]; 4° contre les créanciers d'un débiteur qui a obtenu un sursis, pendant la durée du sursis [34].

§ 144. *Effet de la prescription.*

La prescription a pour effet d'éteindre le droit d'action contre lequel elle a été accomplie. Si le demandeur intente son action après le délai fixé par la loi, le défendeur lui opposera la *præscriptio temporalis,* et le fera déclarer non recevable dans son action. Mais il est à remarquer que cette conséquence n'a pas lieu de plein droit : il faut que le défendeur ait fait valoir l'exception. Le juge ne peut point l'appliquer d'office.

C'est une question fort controversée que celle de savoir si la prescription, en éteignant l'action, éteint également le droit auquel l'action se rapporte. Nous nous décidons pour la négative et soutenons que la prescription n'anéantit pas le droit litigieux même, mais tout simplement la faculté que nous avons de le faire valoir contre la personne qui a fait naître l'action en lésant notre droit. Il serait difficile de faire comprendre ici l'importance pratique de la controverse et de justifier complétement l'opinion que nous adoptons. Nous devrons nous borner à quelques généralités, sauf à donner des preuves plus détaillées dans le cours de l'ouvrage.

D'abord notre opinion parait plus conforme au système que les Romains ont suivi dans la création et le développement de notre institution. Car il est indubitable qu'à l'époque où toutes les actions étaient *perpetuæ*, aucun droit ne pouvait s'éteindre par l'expiration d'un délai quelconque. La prescription du droit prétorien ne changea rien à cet état, et l'extension qui fut donnée plus tard au principe de la prescription ne se rapporte qu'aux actions. Il est vrai que quelques passages de nos sources semblent dire, d'une manière générale, que la prescription met fin au droit [35];

[32] L. 1, § 2, C., *de annali except.* 7, 40.

[33] L. 22, § 11, C., *de jure deliberandi* 6, 30.

[34] L. 8, in f. C., *qui bonis ced.* 7, 71.—Un autre cas, dont nous parlerons au titre de la propriété, est mentionné aux § 29, I., *de rer. div.* 2, 1, et Fr. 7, § 10, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.

[35] Fr. 6, D., *de oblig. et act.* 44, 7. « In omnibus temporalibus actionibus,

mais de pareilles propositions générales ne peuvent être considérées comme entièrement vraies que lorsqu'elles se trouvent d'accord avec les cas spéciaux dans lesquels le législateur fait application du principe. Sous ce rapport nous trouvons plusieurs décisions qui ne peuvent en aucune manière être conciliées avec l'opinion que nous combattons. D'abord, il est une classe de droits que les partisans mêmes de cette opinion considèrent comme faisant exception : c'est celle des *droits personnels* que tout le monde considère comme imprescriptibles. La question est à la vérité plus difficile à résoudre à l'égard des *droits d'obligation;* et c'est par ce motif que nous sommes obligé d'en renvoyer l'examen au livre troisième. Mais pour les *droits réels* il nous est possible de justifier ici notre opinion par un passage décisif du Code. Voici le cas dont Justinien traite à la loi 8, § 1, C. *de præscriptione* XXX *vel* XL *annorum* [36] *:* « Pierre a été dépossédé de sa maison il y a plus de 30 ans. Il intente la revendication contre Paul qui l'a dépossédé. Paul lui oppose la *præscriptio temporalis* et le fait déclarer non recevable dans son action. Si par suite de la prescription Pierre avait entièrement perdu son droit de propriété, il est évident qu'il ne pourrait jamais plus élever la moindre prétention quant à ce droit; mais la loi décide autrement. En effet, quoique son action contre Paul soit définitivement éteinte, il n'en pourra pas moins faire valoir son droit, si un autre moyen se présente. Or, continue la loi citée, cela peut arriver de deux manières : 1° si Pierre, par un événement quelconque, recouvre la possession de la chose; car

nisi novissimus totus dies compleatur, *non finit obligationem.* » (D'après la vulgate *non finitur obligatio.*) — L. 4, C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39. « ... Nullumque jus... quod prædictorum XL annorum *extinctum est* jugi silentio, moveatur.

[36] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annorum* 7, 39. « Quod si quis eam rem desierit possidere, cujus dominus... exceptione XXX vel XL annorum expulsus est, prædictum auxilium non indiscrete, sed cum moderata divisione ei præstari censemus : ut, siquidem bona fide ab initio eam rem tenuerit, simili possit uti præsidio; sin vero mala fide eam adeptus est, indignus eo videatur : ita tamen, ut novus possessor, si quidem ipse rei dominus ab initio fuit... et memoratæ exceptionis necessitate expulsus est, commodum detentionis sibi acquirat. Sin vero nullum jus in eadem re quocunque tempore habuit, tunc licentia sit priori domino... ab injusto detentatore eam vindicare, non obstante eo, quod prior possessor XXX vel XL annorum exceptione eum removerat, nisi ipse injustus possessor XXX vel XL annorum ex eo tempore computandorum, ex quo prior possessor, qui evicit, ea possessione cecidit, exceptione munitus est. »

alors il n'a plus besoin d'une action pour s'y maintenir [37]; 2° si un tiers dépossède Paul et s'empare lui-même de la chose d'une manière illégale. Cet acte constitue une nouvelle lésion; et à partir de ce moment commence pour Pierre une nouvelle action [38]. » En présence de ces déclarations expresses de la loi, il est impossible de nier qu'il ne reste rien du droit de Pierre. Car si sa propriété avait été réellement éteinte, il en résulterait nécessairement que la maison serait devenue la propriété de Paul, ou bien qu'elle aurait cessé d'appartenir à qui que ce fût. Or aucune de ces deux suppositions ne saurait être conciliée avec les dispositions de la loi citée.

Observation. Nous n'avons parlé, dans les paragraphes qui précèdent, que de la *præscriptio temporalis* qui a pour but et pour effet d'éteindre les droits d'actions. Nous verrons ci-après, au titre de la propriété, que certaines règles de cette *præscriptio*, particulièrement en ce qui concerne les délais des *longi temporis* et *longissimi temporis præscriptiones*, ont été appliquées à une institution ancienne du droit romain, qui dans l'origine portait le nom de *usucapio*. L'usucapion reposait sur le principe que celui qui pendant un certain laps de temps avait *exercé* de bonne foi et au vu de tout le monde les pouvoirs contenus dans le droit de propriété, était par là même censé *être* propriétaire. C'était donc un *moyen d'acquérir*, et elle différait sous ce rapport essentiellement de la *præscriptio temporalis*, qui n'était qu'un *mode d'extinction*. Toutefois dans la plupart des cas une personne n'acquiert que parce qu'une autre personne perd, et c'est cette coïncidence d'effets qui a permis au législateur d'appliquer au moyen d'acquérir une partie des règles qui dans le principe n'existaient que pour le mode d'extinction. Malgré cette assimilation, il existe toujours des différences essentielles entre la *prescription* des actions et la nouvelle institution, que Justinien a créée par la fusion de l'ancienne *usucapion* et de la *præscriptio longi et longissimi temporis*. Nous aurons soin de les indiquer au titre de la propriété. Ici nous nous bornerons à dire qu'on a l'habitude d'appeler *extinctive* la prescription dont nous venons de parler et de lui opposer l'usucapion modifiée sous le nom de *prescription acquisitive*, termes qui s'expliquent assez par l'effet respectif des deux institutions.

[37] Voyez le passage cité à la note précédente, aux mots *ita tamen ut novus possessor*, etc.

[38] Voyez le passage cité à la note 36, aux mots *sin vero nullum jus*, etc.

§ 145. C. *Du concours de plusieurs actions.*

Il peut se faire qu'une lésion quelconque fasse naitre plusieurs actions au profit de la même personne. Ces actions pourront-elles être intentées toutes à la fois, ou bien le demandeur sera-t-il tenu d'opter entre elles, et son choix aura-t-il pour effet d'éteindre les autres actions?

Cette question trouve sa solution dans un principe d'équité qui s'oppose à ce qu'on demande par une nouvelle action ce qu'on a déjà obtenu par une action antérieure. Ce principe doit être appliqué toutes les fois qu'après avoir obtenu une prestation, nous intentons une nouvelle action qui tend au même but pratique, quand même elle serait fondée sur un autre motif [39]. Par exemple, si quelqu'un m'a volé une chose que je lui avais prêtée, il est évident que je pourrai intenter deux actions, l'une résultant du vol pour demander la réparation du dommage qui m'a été causé par ce délit, l'autre fondée sur l'obligation de restituer que l'emprunteur a contractée en recevant la chose. Ces actions sont indépendantes l'une de l'autre; celle qui résulte du prêt me compète abstraction faite du vol, et celle qui provient du vol ne suppose point l'existence du prêt. Elles ont donc des bases tout à fait différentes; cependant il est incontestable que la restitution de la chose ou le payement des dommages et intérêts, que j'obtiens par l'action du prêt, m'indemnise de fait du préjudice que le vol m'a causé. Il est donc équitable de me refuser l'action de ce dernier chef [40]. *Bona fides non partitur, ut bis idem exiga-*

[39] Fr. 3, § 1, D., *de reg. jur.* 50, 17. « Quoties concurrunt plures actiones ejusdem rei nomine, una quis experiri debet. » — Il n'est point nécessaire d'invoquer ce principe quand le demandeur poursuit une seconde fois, en se fondant sur le même motif, l'objet dont il avait dejà obtenu la livraison. Car dans ce cas, il ne peut raisonnablement plus être question d'action, puisque la première action a déjà eu pour effet ou d'éteindre le droit du demandeur ou de faire cesser la lésion. Il n'y a pas non plus concours d'actions, quand le même acte donne naissance à deux droits, d'une manière alternative, de telle sorte, que l'existence de l'un soit incompatible avec l'existence de l'autre. Fr. 7, D., *de lege commiss.* 18, 3.

[40] Fr. 34, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 71, pr. D., *de furtis* 47, 2. « Si is, cui commodata res erat, furtum ipsius admisit, agi cum eo et furti et commodati potest : et, si furti actum est, commodati actio extinguitur ; si

tur [41]. — Mais il peut se faire que de deux actions qui tendent en général au même but pratique l'une soit plus avantageuse que l'autre. Pour ce cas le droit romain établit la règle que le choix de l'action plus avantageuse anéantit l'autre, tandis que le demandeur qui a commencé par l'action moins avantageuse est encore admis à poursuivre l'autre, mais seulement pour demander la différence [42].

Toutes les fois que le principe énoncé ci-dessus ne peut être invoqué, il est permis d'intenter à la fois toutes les actions qui peuvent naître d'une lésion [43]. C'est ce que les commentateurs appellent * *concursus cumulativus* * en opposition à celui dont nous venons de parler, * *concursus electivus* *. Ainsi un délit peut donner lieu à une *actio rei persecutoria* et à une *actio pœnalis*. L'exécution du jugement intervenu dans la première n'a aucune influence sur la peine pécuniaire dont la loi frappe le délit. L'action pénale pourra donc être intentée quoique le demandeur ait déjà obtenu

commodati, actioni furti exceptio objicitur. » — Des cas analogues se trouvent Fr. 38, § 1. 45. 47, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 35, § 1, D., *locati* 19, 2. Fr. 134, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 9, § 1, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 1, § 21. Fr. 2, § 1, D., *de tutelæ act.* 27, 3. — Fr. 55, § 1, in f. D., *de admin. tut.* 26, 7. — Fr. 14, § 13, D., *quod metus causa* 4, 2.

[41] Fr. 57, D., *de regulis juris* 50, 17.

[42] Fr. 41, § 1, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Si ex eodem facto duæ competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in actione, id actor ferat : si tantundem, aut minus, id consequatur. » Il est évident que la dernière phrase de ce passage exige une négation; aussi Cujas propose-t-il de remplacer les mots *id consequatur* par *nil consequatur*. On pourrait également lire *non sequatur* ou *non consequatur*. Cette dernière émendation est d'autant plus plausible que les anciens copistes omettent souvent d'écrire deux fois des lettres ou des syllabes qui se répètent dans le même mot ou dans deux mots voisins, omission que l'on doit réparer par la duplication ou *gémination* de la lettre ou de la syllabe supprimée, par exemple DOLUMALUM, NECESSET au lieu de DOLUM MALUM, NECESSE ESSET.—Voyez M. BÉRIAT ST.-PRIX, *Hist. du droit rom.*, p. 238, n° 12, p. 240, n° IV. — La règle que nous donnons dans le texte est confirmée par les lois suivantes : Fr. 7, § 1, D., *commodati* 13, 6. — Fr. 43. 47, pr. D., *pro socio* 17, 2.—Fr. 28, D., *emti* 19, 1.—Fr. 2, § 3., D., *de privatis delictis* 47, 1. — Pour l'explication de quelques passages qui pourraient paraître contraires, voyez M. DE SAVIGNY, *Système*, t. V, § 233.

[43] Fr. 18, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Si is, qui Stichum dari stipulatus fuerat, heres extiterit ei, cui ex testamento idem Stichus debebatur : si ex testamento Stichum petierit, non consumit stipulationem, et contra, si ex stipulatu Stichum petierit, actionem ex testamento salvam habebit; quia initio ita constiterint hæ duæ obligationes, ut altera in judicium deducta, altera nihilominus integra remaneret. »

satisfaction à l'égard de l'*actio rei persecutoria* [44]. Ce raisonnement s'applique également au cas où plusieurs lois pénales ont été violées par le même fait; car le payement de la peine due en vertu de l'une de ces lois n'efface point la peine comminée par les autres lois [45].

Observation. Les commentateurs ont créé, par rapport au concours des actions, une classification qui parait plausible au premier abord, mais dont on découvre le vice dès qu'on veut en chercher la base commune. Ils distinguent d'abord le *concours subjectif* et le concours *objectif;* ce dernier est alors subdivisé en concours *successif, cumulatif* et *électif.* A. Il y a *concours subjectif,* lorsque plusieurs personnes figurent dans un procès du même côté, soit comme demandeurs, soit comme défendeurs (voy. § 93). B. Il y a *concours objectif* toutes les fois que la même personne a plusieurs actions qui ont la même origine, ou qui se rapportent au même objet, ou en général qui ont un autre rapport quelconque entre elles. Ce concours est appelé *successif,* quand le demandeur doit intenter les actions l'une après l'autre, parce que la première ne sert qu'à préparer les autres [46]. Il est *cumulatif* quand le demandeur peut les intenter toutes à la fois, et *électif* quand le choix de l'une a pour effet d'éteindre les autres.

[44] Fr. 7, § 1, D., *de cond. furt.* 13, 1. — Fr. 46. 47, D., *pro socio* 17, 2. — Fr. 34, § 2, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 54, § 3, D., *de furtis* 47, 2. — Voyez encore Pr. I., *de vi bon. rapt.* 4, 2. — Fr. 1, § 9. Fr. 15, § 46. Fr. 18. 41, D., *de injuriis* 47, 10. — Fr. 11, § 2. Fr. 27, pr. Fr. 32, § 1. Fr. 48. 51, § 1, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 9, pr. Fr. 67, § 2. Fr. 76, § 1, D., *de furtis* 47, 2.

[45] Fr. 60, D., *de obl. et act.* 44, 7. « Nunquam actiones pœnales, de eadem pecunia concurrentes, alia aliam consumit. » (Fr. 130, D., *de reg. juris.*) —Au reste la règle que nous donnons n'a pas toujours été généralement reconnue. Modestin se prononce pour l'extinction. Fr. 53, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7, Paul ne veut admettre la seconde action que pour la différence du montant des deux peines, *in id quod amplius est* Fr. 34, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7; Fr. 88, D., *de furtis* 47, 2; Fr. 1. 11, D., *arbor. furtim cæs.* 47, 7; Fr. 1, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. — Mais Papinien, Ulpien et Hermogénien reconnaissent le principe exposé dans le texte, et qui est également consacré dans le droit de Justinien. Fr. 60, D., *de obl. et act.* 44, 7; Fr. 2, § 10. 26, D., *vi bon. rapt.* 47, 8; Fr. 15, § 46. Fr. 25, D., *de injur.* 47, 10; Fr. 6, D., *ad leg. Jul. de adult.* 48, 5. — § 8, I., *de obl. ex delicto.* 4, 1; § 1, I., *si quadr. paup. fec. dic.* 4, 9; L. 20, C., *de furtis* 6, 2; L. 9, C., *de accus.* 9, 2. — Voyez au reste M. de Savigny, *Système,* T. V, § 234, G.

[46] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 1, § 3-6, D., *ad exhib.* 10, 4.— Fr. 18, D., *de except.* 44, 1.

§ 146. D. *Divers autres modes d'extinction.*

Un droit d'action peut encore s'éteindre par diverses autres causes, que nous pouvons nous borner à indiquer ici d'une manière générale.

Il est évident que l'action doit cesser dès le moment où ses deux éléments constitutifs n'existent plus. L'extinction du droit sur lequel l'action est fondée aura donc pour effet d'éteindre l'action. Il en sera de même, lorsque la lésion qui l'a fait naitre viendra à cesser.

Enfin le moyen le plus régulier de mettre fin à une action est le *jugement,* acte dont nous parlerons ci-après § 153.

III. — Actes du défendeur. — Exceptiones.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 147.

En intentant son action le demandeur soutient avoir un droit sur lequel il fonde sa demande. A moins de se soumettre à la condamnation, le défendeur doit contester ce droit.

Cette contestation ou *defensio* peut se faire de trois manières : 1° Le défendeur nie le fait sur lequel le demandeur fonde son droit. C'est ce que nous pourrions appeler une *litis contestatio negativa.* 2° Sans nier les faits qui ont donné naissance au droit litigieux, le défendeur allègue d'autres faits qui auraient détruit ce droit, par exemple en soutenant qu'il a payé la dette dont on lui demande le remboursement. 3° Enfin, sans contester le fait originaire, ni l'existence actuelle du droit, le défendeur oppose de son côté un droit qui aura pour effet de paralyser l'action du demandeur [47], par exemple la *præscriptio temporalis.* Le dernier moyen s'appelle en droit romain *exceptio* ou *præscriptio.*

[47] Fr. 2, pr. D., *de exceptionibus* 44, 1. « Exceptio dicta est quasi quædam exclusio, quæ (inter) opponi actioni cujusque rei solet ad cludendum (*inter*cludendum, *ex*cludendum) id, quod in intentionem condemnationemve deductum est. » Dans les Pandectes Florentines le mot *inter* se trouve entre *quæ* et *opponi*, ce qui ne donne aucun sens; il est probable qu'il doit être rapporté à *cludendum.* — Fr. 22, pr. D., *eod.* « Exceptio est conditio, quæ modo eximit reum damnatione, modo minuit damnationem. » — GAIUS, IV, 119, in fine. Voyez ci-après note 49.

Le mot *exceptio* s'explique aisément par l'ancienne procédure. Quand les deux parties avaient exposé au préteur leurs moyens respectifs, ce dernier donnait au demandeur la *formule*, par laquelle il ordonnait au juge de condamner le défendeur, si l'*intentio* du demandeur se trouvait vraie, *excepté* toutefois le cas, où le défendeur réussissait à prouver la vérité des allégations à l'aide desquelles il cherchait à paralyser l'action de la partie adverse. La *condemnatio* était la règle; mais le juge était tenu d'y faire *exception*, si le fait avancé par le défendeur était constant. Ainsi, lorsque le défendeur soutenait que la question agitée dans le procès avait déjà été décidée par un jugement antérieur, le préteur ordonnait au juge de ne condamner que *si ea res judicata non esset* [48]. C'est ce qui fait dire à Gaius, que l'exception rend la condamnation *conditionnelle*, en d'autres termes, quand même le demandeur prouverait son *intentio*, il n'obtiendrait la *condemnatio* que si l'exception du défendeur n'était pas fondée [49]. On comprend que les exceptions fournissaient au préteur un moyen puissant d'éluder les rigueurs du *jus civile*, en faisant triompher l'équité, et de protéger ainsi la bonne foi contre la chicane et les manœuvres frauduleuses. Aussi Gaius et Justinien disent que les exceptions ont été inventées pour la protection des défendeurs, parce qu'il arrive souvent qu'une action est juste en thèse générale, c'est-à-dire conforme aux lois, mais que dans l'espèce elle est contraire à l'équité [50]. Dans d'autres passages nous lisons même que toute

[48] D'autres exemples : *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit; Si non convenisset, ne A. Agerius eam pecuniam peteret; Si in ea re nihil metus causa factum sit*, etc.

[49] Gaius, IV, 119. « Omnes autem exceptiones in contrarium concipiuntur quam affirmat is, cum quo agitur : nam si, verbi gratia, reus dolo malo aliquid actorem facere dicat, qui forte pecuniam petit, quam non numeravit, sic exceptio concipitur : *Si in ea re nihil dolo malo A. Agerii factum sit, neque fiat...* Et denique in ceteris causis similiter concipi solet : ideo scilicet, quia omnis exceptio objicitur quidem a reo, sed ita formulæ inseritur, ut *conditionalem* faciat condemnationem, id est, ne aliter judex eum, cum quo agitur, condemnet, quam si nihil in ea re, qua de agitur, dolo actoris factum sit... »

[50] Pr. I., *de exceptionibus* 4, 13. « Sequitur, ut de exceptionibus dispiciamus. Comparatæ autem sunt exceptiones defendendorum eorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut, licet *ipsa* persecutio, qua actor experitur, *justa* sit, tamen *iniqua* sit *adversus eum cum quo agitur.* » Voyez aussi le § 1, *eod.* — Gaius, IV, 116. « Comparatæ sunt autem exceptiones defendendorum reorum gratia, cum quibus agitur. Sæpe enim accidit, ut quis jure civili teneatur, sed iniquum sit eum judicio condemnari : veluti si stipulatus

exception peut être considérée comme une *exceptio doli* [51]. Toutefois ce serait une erreur que d'envisager les exceptions uniquement sous ce point de vue. Car il y a des exceptions qui dans un cas donné peuvent servir à protéger la mauvaise foi la plus immorale, par exemple l'*exceptio temporalis* opposée à une action en payement d'une somme d'argent que le défendeur doit réellement [52]. Ce serait également se tromper que de croire que toutes les exceptions dérivent de l'édit prétorien; des lois, des sénatus-consultes et des constitutions impériales en ont créé un grand nombre, qui peuvent être opposées même à une action prétorienne [53].

La signification du mot *præscriptio* diffère sous deux rapports de celle du mot *exceptio*. D'abord le terme *præscriptio* ne s'appliquait qu'aux moyens qui dans la formule se trouvaient placés devant l'*intentio;* et c'est même à cette particularité qu'elles doivent leur nom (*præ-scribere* [54]). Ensuite on entendait par *præscriptio* toute objection ou modification faite à l'*intentio,* tant de la part du demandeur que de celle du défendeur. Du temps de Gaius même on n'admit plus de *præscriptiones* qu'en faveur du

sim a te pecuniam tanquam credendi causa numeraturus, nec numeraverim; nam eam pecuniam a te peti posse certum est, dare enim te oporteret, cum ex stipulatu tenearis; sed quia iniquum est te eo nomine condemnari, placet per exceptionem doli mali te defendi debere... »

[51] Fr. 2, § 5, D., *de doli except.* 44, 4. « Et generaliter sciendum est, ex omnibus in factum exceptionibus doli oriri exceptionem : quia dolo facit quicumque id, quod quaqua exceptione elidi potest, petit. Nam etsi inter initia nihil dolo malo facit, attamen nunc petendo facit dolose, nisi si talis sit ignorantia in eo, ut dolo careat. » — Cf. Fr. 36, D., *de verb. obl.* 45, 1. « Si quis, cum aliter eum convenisset obligari, aliter per machinationem obligatus est, erit quidem subtilitate juris obstrictus, sed doli exceptione uti potest : quia enim per dolum obligatus est, competit ei exceptio. Idem est, etsi nullus dolus intercessit stipulantis, sed ipsa res in se dolum habet : cum enim quis petat ex ea stipulatione, hoc ipse dolo facit quod petit. »

[52] Il en est de même de l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* et d'une infinité d'autres exceptions.

[53] Gaius, IV, 118. « Exceptiones autem alias in edicto prætor habet propositas, alias causa cognita accommodat : quæ omnes vel ex *legibus* vel ex *his, quæ legis vicem obtinent.,* substantiam capiunt, vel ex jurisdictione prætoris proditæ sunt. » — § 7, I., *de except.* 4, 13. — Fr. 3, D., *de except.* 44, 1. — Nous nous bornons à citer l'*exceptio Sc. Vellejani* opposée à une action hypothécaire ou *quasi Serviana.* Fr. 8, pr. 29, pr. D., *ad Sc. Vell.* 16, 1. — Voyez M. de Savigny, *Système,* t. V, § 227, note 9.

[54] Gaius, IV, 132. « *Præscriptiones* autem appellatas esse ab eo, quod *ante* formulas *præ*scribuntur, plus quam manifestum est. » Voyez aussi ci-dessus § 137.

demandeur [55]; celles que l'on avait autrefois accordées au défendeur étaient placées après l'*intentio* et étaient ainsi devenues *exceptiones*. Toutefois on conserva le nom de *præscriptiones* qui devint entièrement synonyme d'*exceptio*, lorsque la nouvelle procédure eut fait disparaître l'usage des *præscriptiones* de la part du demandeur [56].

Comme les anciens distinguaient avec soin ces deux espèces de défenses, il est probable qu'elles différaient réellement par leur nature. Nos sources cependant ne nous font connaître d'une manière expresse que la différence formelle qui résulte de la place que les unes et les autres occupaient dans la formule. En examinant attentivement les exemples que nous en trouvons, nous serions tenté de croire que l'on avait l'habitude de placer *avant l'intentio* les moyens du défendeur, qui dispensaient de l'examen du fond si elles étaient fondées. Tels étaient, par exemple, les moyens fondés sur l'incompétence du tribunal, sur le défaut de qualité du demandeur, sur l'expiration du délai endéans lequel l'action aurait dû être intentée [57]. Les moyens, au contraire, dont l'examen ne pouvait avoir lieu qu'après que l'*intentio* était établie,

[55] L'utilité des *præscriptiones* de la part du demandeur est suffisamment expliquée par Gaius, IV, 130-137. Elle se montrait surtout toutes les fois que le titre ou le fait sur lequel l'action était fondée se rapportait à un objet plus étendu que les conclusions du demandeur. Par exemple : quelqu'un me doit un capital, remboursable en quatre payements annuels. Je le poursuis en payement du premier quart échu. Le titre se rapporte à la somme entière ; cependant je ne puis en exiger que le quart. Dans ce cas, *si ergo velimus id quidem quod præstari oportet, petere et in judicium deducere, futuram vero obligationis præstationem in incerto relinquere, necesse est, ut cum hac præscriptione agamus :* EA RES AGATUR, CUJUS REI DIES FUIT; *alioquin, si sine hac præscriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cujus intentio his verbis concepta est :* QUIDQUID PARET N. NEGIDIUM A. AGERIO DARE FACERE OPORTERE, *totam obligationem, id est etiam futuram in hoc judicium deducimus...* » Voyez au reste ci-après § 133 et § 139, où nous parlerons également des *præjudicia* qui rentrent dans la catégorie des *exceptiones* ou *præscriptiones*.

[56] Tit. C., *de exceptionibus et præscriptionibus* 8, 36. — Voyez aussi ci-après note 58.

[57] *Præscriptio fori*, Fr. 9, pr. D., *qui satisdare cog.* 2, 8; Fr. 30, in f. Fr. 32, § 3, D., *de judic.* 5, 1 ; L. 13, C., *de except.* 8, 36. — Quintilien, *Inst. orat.* VII, 5. « ... Cum ex *præscriptione* lis pendet, de ipsa re quæri non est necesse. Ignominioso filius *præscribit :* de eo solo judicatio est, *an liceat ?* » — L. 5, C., *de pignor.* 8, 14. « ... Nec tibi oberit sententia adversus debitorem tuum dicta, si eam collusisse cum adversario tuo, aut, ut dicis, *non causa cognita, sed præscriptione* superatum esse constiterit » (213).

devaient naturellement trouver leur place après cette partie de la formule, dont elles étaient l'*exception*. Cette hypothèse nous sert également à expliquer pourquoi le moyen fondé sur l'expiration du délai de l'action est plus fréquemment appelé *præscriptio temporalis;* car il est évident que cette défense, si elle était fondée, devait avoir pour effet de mettre fin au procès, sans qu'il fût besoin d'examiner le fond. — Au reste, cette distinction n'a plus qu'un intérêt historique, parce que, dans le droit nouveau, les mots *præscriptiones* et *exceptiones* sont synonymes [58].

Les exceptions n'étaient point en usage du temps des *legis actiones* [59]. Dans le système formulaire, elles étaient très-importantes et fournissaient un moyen très-avantageux d'introduire des réformes législatives. Après la disparition de l'ancien *ordo judiciorum,* tout ce qui tenait à la forme dut nécessairement s'effacer : mais l'idée des *exceptiones* resta la même; et dans nos sources, ce mot n'est employé que pour désigner les défenses que nous avons comprises dans le numéro 3 de ce paragraphe, quoique dans le langage ordinaire on lui donne souvent un sens plus étendu, qui comprend tout moyen de défense quelconque [60].

EFFETS ET DIVISIONS DES EXCEPTIONS.

§ 148.

Si l'exception est fondée, elle doit avoir pour effet de faire déclarer le demandeur non recevable dans ses conclusions et de repousser ainsi l'action. Eu égard à cet effet, on distingue les *exceptiones peremtoriæ* ou *perpetuæ* et les *exceptiones dilatoriæ* ou *temporales* [61]. Les dernières sont celles qui ont pour effet de repousser

[58] Nous trouvons même dans les écrits des jurisconsultes classiques de nombreux passages dans lesquels les deux termes sont employés l'un pour l'autre : *Præscriptio rei judicatæ,* Fr. 29, D., *de exc. rei jud.* 44, 2; Fr. 42, D., *de liber. causa* 40, 12. — *Præscriptio doli*, Fr. 91, D., *de solut.* 46, 3. — *Præscriptio factæ transactionis,* Fr. 9, pr. D., *de transact.* 2, 14.—*Exceptio longæ possessionis,* Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. — *Exceptio annua,* Fr. 30, § 5, D., *de peculio* 15, 1; Fr. 1, pr. § ult. D., *quando actio de peculio*, 1, 15. — *Temporalis exceptio,* L. 4, C., *de præscr.* XXX 7, 39; L. 1. pr. C., *de annali except.* 7, 40.

[59] GAIUS, IV, 108.

[60] M. DE SAVIGNY, *Système,* t. V, § 226.

[61] GAIUS, IV, 120-125. — § 8 sqq. I., *de except.* 4, 13. — Fr. 2. 3, D., *de exceptionibus,* 44, 1.

le demandeur, mais pour le moment seulement, de manière qu'il reste libre d'intenter une nouvelle action du même chef [62], par exemple l'exception d'incompétence du juge, l'exception fondée sur la non-exigibilité d'une dette dont on ne nie pas l'existence [63]. Les exceptions péremptoires, au contraire, anéantissent pour toujours l'action, de sorte que le demandeur ne pourra jamais plus l'intenter [64], par exemple la *præscriptio temporalis* [65].

On divise aussi les exceptions en *personæ cohærentes* et *rei* (ou *causæ*) *cohærentes,* selon qu'elles sont attachées exclusivement à une personne déterminée ou qu'elles sont inhérentes à une relation quelconque et passent à tous ceux qui succèdent dans cette relation [66]. Cette idée peut être appliquée dans un sens actif et dans un sens passif, c'est-à-dire, tant au demandeur qu'au défendeur [67].

[62] (Gaius, IV, 122), § 10, I., *de except.* 4, 13. « *Temporales* atque *dilatoriæ* sunt, quæ ad tempus nocent, et temporis dilationem tribuunt... » Fr. 2, § 4. Fr. 3, D., *eod.* 44. 1. — Il est à remarquer que dans l'ancien droit l'exception dilatoire pouvait avoir pour effet d'anéantir ou de paralyser *pour toujours* l'action du demandeur. Si, par exemple, le défendeur opposait la non-exigibilité de la dette, le juge devait nécessairement débouter le demandeur, lequel par suite de ce jugement se trouvait dans l'impossibilité de faire valoir sa créance au moyen d'une action nouvelle, ou devait au moins s'attendre à ce qu'on lui opposât l'*exceptio rei in litem deductæ* ou *rei judicatæ*. (Voy. ci-dessus § 139, note 94). Pour éviter ces conséquences le demandeur n'avait d'autre moyen que de retirer son action avant qu'il fût procédé à la *litis contestatio*. Gaius, IV, 123; § 10, I., *de exceptionibus* 4, 13. — Au reste l'exception dilatoire ne produisait ces effets que lorsqu'elle se rapportait directement aux conclusions de l'*intentio;* la *præscriptio fori*, par exemple, ne pouvait empêcher le demandeur de porter derechef son action devant le juge compétent,

[63] *Præscriptio fori*. — *Exceptio pacti in diem* Gaius, IV, 123; § 10, I., *de except.* 4, 13; Fr. 3, D., *eod.* 44, 1.

[64] Gaius, IV, 121. — § 9, I., *de except.* 4, 13. « *Perpetuæ* atque *peremtoriæ* sunt, quæ semper agentibus obstant, et semper rem, de qua agitur, perimunt. — Fr. 3, D., *eod.* 44, 1.

[65] Il faut se garder de confondre cette exception qui est *péremptoire* avec les exceptions qu'on appelle *temporales* sive *dilatoriæ*. Voyez ci-dessus notes 61. 62.

[66] Fr. 7 D., *de except.* 44, 1. « Exceptiones, quæ *personæ* cujusque cohærent, non transeunt ad alios, veluti ea, quam socius habet exceptionem, *quod facere posset*, vel parens patronusve, non competit fidejussori... § 1. Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt... » — Dans les *Vaticana fragm.* § 266, il est même question d'une *exceptio quasi popularis.* « Nam semper exceptione Cinciæ uti potuit, non solum ipse, verum, ut Proculeiani putant, etiam quivis, *quasi popularis sit hæc* exceptio. »

[67] Ainsi l'*exceptio doli* est *personæ cohærens* à l'égard du demandeur, c'est-à-dire, qu'elle ne peut être opposée qu'à celui qui s'est rendu coupable du dol

Quoi qu'il en soit, les *exceptiones rei cohærentes* forment la règle [68].

Enfin nous trouvons dans nos sources quelques divisions qui n'exigent guère d'explications, parce qu'elles ont le même fondement que les divisions correspondantes des actions. Par exemple celles en *exceptiones civiles* et *honorariæ, exceptiones utiles* et *in factum* [69].

COMMENT LES EXCEPTIONS PRENNENT FIN.

§ 149.

Avant tout, nous devons rappeler la règle de l'ancienne procédure qui défendait au juge d'avoir égard aux exceptions qui ne se trouvaient pas mentionnées dans la formule. Ce n'est que dans les *bonæ fidei judicia* que cette règle ne recevait point d'application [70]. Dans tous les autres procès le défendeur devait exposer ses exceptions au préteur, avant la conception de la formule [71]. S'il le négligeait, il perdait le droit de les faire valoir. — Quand la séparation du *jus* et du *judicium* eut disparu, on établit la règle que les exceptions dilatoires devraient être produites pendant l'instruction du procès, tandis que les péremptoires seraient admises jusqu'au jugement [72]. Exceptionnellement, certains moyens de défense peuvent même être opposés après le jugement, afin d'en empêcher l'exécution [73].

(et à ses héritiers); elle est *causæ inhærens* à l'égard du défendeur, c'est-à-dire qu'elle peut être opposée par celui qui a été victime de la fraude et par tous ses successeurs et ayants cause. Fr. 2, § 1. 2, D., *de doli mali except.* 44, 4.

[68] Voyez des exemples d'*exceptiones personæ cohærentes :* § 4, I., *de replicat.* 4, 14; Fr. 24. 25, D., *de re jud.* 42, 1. — Fr. 2, § 1, D., *de doli mali exc.* 44. 4. — Fr. 21, § 5. Fr. 22-26. Fr. 32, D., *de pactis* 2, 14.

[69] Gaius, IV, 118. — § 7, I., *de except.* 4, 13. — Fr. 21, D., *de præscr. verbis* 19, 5. — Fr. 2, § 5. Fr. 4, § 16, D., *de doli mali except.* 44, 4, etc.

[70] C'est par cette raison que « bonæ fidei judicio exceptiones doli mali insunt. » C'est-à-dire, que ces exceptions n'ont pas besoin d'être insérées dans la formule. Fr. 7, § 5, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 3, D., *de rescind. vend.* 18, 5. — Fr. 21, D., *sol. matr.* 24, 3. — Fr. 84, § 5, D., *de leg. I* (30). — Sur le sens du mot *exceptio doli* voyez ci-dessus § 147, note 51. Cf. Fr. 5, D., *de usuris* 22, 1. « Generaliter observari convenit, bonæ fidei judicium non recipere præstationem, quæ contra bonos mores desideretur. »

[71] Gaius, IV, 117. 118.

[72] L. 2, C., *sentent. rescindi non posse.* 7, 50. — L. 8, C., *de except.* 8, 36.

[73] Par exemple celle du *sénatusconsulte Macédonien.* Fr. 11, D., *de Sc. Maced.* 14, 6. — Voy. aussi Fr. 16, § 1, D., *de compens.* 16, 2; L. 2, C., *eod.* 4, 31.

Abstraction faite de cette règle de procédure, les exceptions prennent naturellement fin dès que le droit sur lequel elles sont fondées s'éteint, ou que l'une des conditions essentielles dont la loi fait dépendre leur existence vient à cesser. Mais elles ne s'éteignent point par la prescription. Ce dernier point ne peut guère être douteux pour ceux qui pensent avec nous que la prescription n'anéantit que l'action. Car, le droit même continuant de subsister, il est évident qu'on doit admettre les moyens de le faire valoir que la loi ne déclare pas expressément être anéantis. A cette raison se joint encore une considération d'équité qui s'oppose à ce que la prescription soit appliquée aux exceptions. En effet, il y a entre l'action et l'exception cette différence que nous sommes libres d'intenter l'action quand nous voulons, tandis que nous ne pouvons opposer une exception que pour autant que notre adversaire nous en fournisse l'occasion en nous poursuivant en justice [74]. Aussi la plupart des auteurs admettent qu'en général les exceptions ne s'éteignent point par prescription, et l'école a formulé le principe en ces termes : * *Quæ ad agendum sunt temporalia, ad excipiendum sunt perpetua* *. Cependant cette règle est combattue par plusieurs jurisconsultes, et il est tout naturel que ceux qui soutiennent que la prescription a aussi pour effet d'éteindre le droit auquel l'action se rapporte, ne la reconnaissent pas d'une manière absolue. Ils l'admettent, à la vérité, pour le cas où le droit en question n'est protégé que par une exception, et où par conséquent celui à qui il compète n'aurait pas pu le faire valoir au moyen d'une action (§ 88); parce qu'il serait contraire à l'équité d'imputer une négligence à celui que la loi met dans l'impossibilité d'agir. Mais ils déclarent prescrites toutes les exceptions fondées sur un droit pour la protection duquel la loi accorde une action, parce que, disent-ils, la personne qui avait ce droit n'a qu'à s'imputer à elle-même de n'en avoir pas fait usage en intentant l'action. Cet argu-

— Fr. 17, § 2, D., *soluto matr.*, 24, 3 ; Fr. 33, pr. in f. D., *de donat.* 39, 5 ; Fr. 41, § 2, D., *de re judic.* 42, 1. — Fr. 41, § 1, D., *de fidejuss.* 46, 1.

[74] Cette considération se trouve dans un passage de PAUL, Fr. 5, § 6, D., *de doli mali except.* 44, 4. « Non sicut de dolo actio certo tempore finitur, ita etiam exceptio eodem tempore danda est : nam hæc perpetuo competit; cum actor quidem in sua potestate habeat, quando utatur suo jure, is autem cum quo agitur, non habeat potestatem quando conveniatur. » Par un argument *a contrario* tiré de ce passage, on a conclu que l'*exception* se prescrit toutes les fois que le droit auquel elle se rapporte est protégé par une action. Mais voy. la note suivante.

ment ne nous paraît pas à l'abri de toute objection. D'abord pour qu'il fût tout à fait concluant, il faudrait que l'action et l'exception qui servent à protéger le même droit produisissent toujours le même effet, ce qui est loin d'être vrai dans tous les cas [75]. Ensuite il nous semble qu'une raison analogue à celle qui a fait prévaloir l'opinion moins rigoureuse dans le cas précédent peut être invoquée dans le cas dont nous parlons. En effet, de cela même que je n'ai pas fait valoir mon exception, il résulte que l'exercice du droit sur lequel elle est fondée n'a pas été troublé; pourquoi donc me punir de n'avoir point suscité un procès que rien ne m'engageait à intenter, puisque aucun acte n'était posé qui pût me faire craindre un changement dans le *statu quo* [76]?

Ce qui pourrait jeter du doute sur la vérité absolue de notre règle, c'est que dans une espèce particulière la loi restreint l'usage d'une exception à un délai déterminé. Nous voulons parler de

[75] Supposons, qu'une vente ait été conclue, mais que le contrat n'ait été exécuté par aucune des deux parties contractantes. Dans ce cas chacune d'elles aura l'action résultant du contrat à l'effet d'en demander l'exécution : mais par contre, chacune d'elles pourra opposer à l'action de l'adversaire l'*exceptio non adimpleti contractus* qui aura pour effet d'empêcher l'exécution du contrat, à moins que le demandeur ne commence par exécuter de son côté. L'exception a donc un but tout à fait différent de celui que nous poursuivons par l'action. — Un exemple montrera l'importance de cette distinction : En 1844 A vend à B une maison à condition que la livraison de la maison se fera à l'instant et que le prix d'achat ne devra être payé qu'en 1846. Aucune des deux parties n'exécute. Chacune d'elles aura donc à la fois l'action résultant de la vente et l'*exceptio non adimpleti contractus*. Cependant l'action de l'acheteur sera prescrite en 1874, celle du vendeur le sera en 1876. Admettons maintenant que le vendeur demande en 1875 le payement du prix; le défendeur dont l'action est prescrite depuis un an pourra-t-il faire valoir son *exceptio non adimpleti contractus?* Cette question ne souffre pas de doute selon nous; les adversaires de notre système, au contraire, sont obligés de condamner l'acheteur à payer le prix sans recevoir la maison. Voy. M. de Savigny, t. V, § 421, note *a*.

[76] Exemple : Un fils est exhérédé dans le testament de son père sans juste motif. Il peut attaquer ce testament par une action appelée *querela inofficiosi testamenti*, et qui se prescrit par le laps de cinq ans. Cependant la personne instituée dans le testament ne fait aucune démarche pour le faire valoir. Le fils se met en possession des biens délaissés et jouit tranquillement de la succession. Après plusieurs années la personne instituée dans le testament demande la délivrance de la succession au moyen de la *hereditatis petitio*, action qui ne se prescrit que par trente ans. Le fils ne pourra-t-il pas faire valoir par exception l'inofficiosité du testament? Fr. 8, § 13, D., *de inoff. test.* 5, 2. — Voyez M. de Savigny, § 254, note *k*.

l'*exceptio non numeratæ pecuniæ* [77]. Mais nous verrons ci-après, au livre des obligations, que cette restriction se rapporte moins à la prescription qu'aux règles sur la force probante des titres.

Remarquons encore que le *concours* de deux ou plusieurs exceptions n'a point pour effet d'en éteindre l'une ou l'autre; le défendeur peut les faire valoir toutes à la fois [78].

RÉPLIQUE, DUPLIQUE, ETC.

§ 150.

Le défendeur ayant fait valoir ses exceptions, le demandeur, à moins de se soumettre aux conclusions de l'adversaire, cherchera à les rencontrer et à les paralyser à son tour. A cet effet, il peut faire ce que le défendeur a fait à l'égard de l'action, c'est-à-dire, il peut nier que le droit sur lequel l'exception est fondée ait jamais existé, ou bien il peut en contester l'existence actuelle, ou enfin il peut opposer de son côté un droit qui aura pour effet de paralyser le droit que le défendeur avait vanté dans l'exception [79]. Ce dernier moyen de défense, on le voit, n'est de sa nature autre chose qu'une *exception* opposée aux conclusions du défendeur; aussi dans nos sources est-il désigné par les mots *exceptio exceptionis* [80],

[77] Cette exception est accordée à celui qui a reconnu par écrit devoir une somme d'argent qui ne lui a pas été comptée. Il peut l'opposer pendant deux ans à l'action en remboursement, que le possesseur du billet intenterait contre lui. Il a en outre pendant le même laps de temps une action afin de demander la restitution du billet. Tit. I., *de litterarum obligatione* 3, 21.—Voy. ci-après liv. III.

[78] Fr. 5. 1, D., *de except.* 44, 1. « Is qui dicit se jurasse, potest et aliis exceptionibus uti cum exceptione jurisjurandi, vel aliis solis : pluribus enim defensionibus uti permittitur. » — Fr. 8, D., *eod.* « Nemo prohibetur pluribus exceptionibus uti, quamvis diversæ sunt. »

[79] (Gaius, IV, 126). Pr. I., *de replicationibus* 4, 14. « Interdum evenit, ut exceptio, quæ prima facie justa videatur, inique noceat. Quod cum accidit, alia allegatione opus est adjuvandi actoris gratia, quæ *replicatio* vocatur, quia per eam *replicatur* atque *resolvitur* jus exceptionis. » — Fr. 2, §§ 1. 2, D., *de except.* 44, 1. « Replicationes nihil aliud sunt, quam exceptiones, et a parte actoris veniunt, quæ quidem ideo necessariæ sunt, ut exceptiones excludant : semper enim replicatio idcirco objicitur, ut exceptionem oppugnet. Illud tenendum est, omnem exceptionem vel replicationem exclusoriam esse : exceptio actorem excludit, replicatio reum. — Fr. 27, § 2, D., *de pactis* 2, 14. « ... Et ideo replicatione exceptio elidetur... »

[80] Fr. 22, D., *de except.* 44, 1. « Replicatio est contraria exceptio, quasi *exceptio exceptionis.* »

ou par un terme spécial *replicatio* [81]. Dans le langage ordinaire on se sert également de ce mot pour désigner tout moyen quelconque que le demandeur oppose à la défense de son adversaire.

Si le défendeur répond à la réplique par une nouvelle exception, cette dernière est appelée *duplicatio;* et si l'affaire se poursuit ainsi, il y aura *triplicatio, quadruplicatio,* etc. [82].

IV. De la preuve.

RÈGLES GÉNÉRALES.

§ 151.

Par la demande et par la défense les deux parties allèguent des faits sur lesquels elles fondent leurs droits respectifs. Le juge ne croit rien, tout doit être prouvé; il est donc de la plus grande importance de déterminer à qui incombe la preuve des faits contestés. En thèse générale, il ne peut y avoir le moindre doute à cet égard :

« Celui qui fonde ses conclusions sur un droit qu'il soutient « lui appartenir, doit prouver les faits qui, selon lui, ont donné « naissance à ce droit.

« Mais l'origine du droit étant constatée, son existence actuelle « est présumée; si l'adversaire soutient qu'il a cessé d'exister, ou « qu'il a subi des modifications, c'est à lui de fournir la preuve « des faits qui auraient eu pour effet de l'éteindre ou de le mo- « difier [83]. »

C'est sur ces deux principes simples et rationnels que la théorie

[81] Gaius, IV, 126 et suiv. — Tit. I., *de replicationibus* 4, 14. — La forme de la *replicatio* était la même que celle de l'*exceptio*. Par exemple on répliquait à l'exception fondée sur un pacte rémissoire : *si non postea convenerit ut eam pecuniam petere liceret.* Voyez Gaius, IV, 126, et Théophile, ad Pr. I., *de replic.* 4, 14.

[82] Gaius, IV, 127.— § 1, I., *de replic.* 4, 14 et Théophile, ad h. l. — Dans quelques passages on donne le nom de *triplicatio* à la réponse que le défendeur fait à la réplique du demandeur et qu'on appelle habituellement *duplicatio*. Fr. 2, § 3, D., *de except.* 44, 1 ; Fr. 7, § 1. 2, D., *de curat. furios. dandis* 27, 10. — Le mot *quadruplicatio* ne se trouve que dans Théophile. — Gaius, IV, 127-129, appelle tous ces moyens *adjectiones*, terme qui s'explique aisément par la rédaction de la formule, et que Justinien a remplacé dans les Institutes par l'expression plus générale : *allegationes*.

[83] Fr. 3, pr. 17, D., *de probationibus* 22, 3.—Fr. 22, D., *de leg. II* (31).—Fr. 2 § 12. D., *de leg. III* (32).—L. 5, C., *de codicillis* 6, 36.—Voyez aussi note 88.

de la preuve est fondée. Nous allons en montrer l'application dans les diverses phases de la procédure.

Toute action suppose l'existence et la lésion d'un droit. Celui qui intente l'action, le demandeur, doit donc prouver qu'il a le droit dont il demande la protection, et que ce droit a été lésé par le défendeur. * *Actor probat actionem* * [84]. L'objet de la preuve à l'égard du premier point est déterminé par la nature du droit dont il s'agit; le demandeur est tenu de prouver que toutes les conditions essentielles du droit existent. Quant à la lésion, elle peut avoir été causée par des faits divers dont la preuve incombe également au demandeur. Toutefois, il est à remarquer que cette preuve n'est pas nécessaire quand il s'agit d'un droit en vertu duquel le demandeur peut exiger une prestation du défendeur, en d'autres termes, quand le demandeur poursuit l'exécution d'une obligation qui consiste à donner ou à faire quelque chose. Car dans ce cas l'existence même du droit prouve que l'obligation n'a pas été exécutée, et c'est précisément le défaut d'exécution de la part du défendeur qui constitue la lésion.

Le défendeur peut contester la demande de trois manières différentes. D'abord il peut nier les faits sur lesquels le demandeur fonde son action. Il est évident que cette négation n'a pas besoin d'être prouvée, puisque le demandeur avant tout doit établir l'existence de ces faits [85]. C'est à cet axiome que se rapporte le passage du Code qui dit que *negantis nulla probatio* [86]. En second lieu, le défendeur, tout en reconnaissant ces faits, peut en alléguer d'autres qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Il est évident que la preuve de ces faits lui incombe [87]. Enfin le défendeur, sans nier l'existence du droit du demandeur,

[84] Fr. 21, in f. D., *de probat.* 22, 3. « ... Quia semper necessitas probandi incumbit illi qui agit. » — Fr. 2, 19, D., *eod.* — L. 23, C., *de probat.* 4, 19. — Voyez aussi note 92.

[85] § 4, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Commodum autem possidendi in eo est, quod etiamsi ejus res non sit qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio. Propter quam causam, cum obscura sint utriusque jura, contra petitorem judicari solet. » — Fr. 5, pr. D., *si ususf. pet.* 7, 6. — L. 4, C., *de edendo* 2, 1. — L. ult. C., *de rei vind.* 3, 32. — L. 2, 8. C., *de probat.* 4, 19.

[86] L. 23, C., *de probat.* 4, 19. « Actor, quod asseverat probare se non posse profitendo, reum necessitate monstrandi contrarium non adstringit : cum per rerum naturam factum *negantis probatio nulla sit.* » — Fr. 2, D., *de probat.* 22, 3. « Ei incumbit probatio qui dicit, non qui negat. »

[87] Fr. 12, D., *de probat.* 22, 3.—L. 1, C., *eod.* 4, 19. « Ut creditor qui pecu-

peut lui opposer une exception, c'est-à-dire, faire valoir de son côté un droit qui doit avoir pour effet de paralyser le droit de l'adversaire. Il est encore évident qu'il est tenu de prouver l'existence de ce droit sur lequel il fonde son moyen de défense. * *Reus probat exceptionem* * [88].

Si le demandeur réplique à la défense, les règles que nous venons d'exposer doivent être appliquées de la même manière, et ainsi de suite s'il y a lieu à la *duplicatio*, etc.

Les commentateurs ont l'habitude de formuler ces règles en deux proverbes de droit, qui sont entièrement vrais dans l'application que nos sources en font, mais qui peuvent faire naître de graves erreurs quand on les applique d'une manière générale et absolue.

Le premier de ces proverbes est : * *Actor probat actionem, reus exceptionem* *. Rien n'est plus vrai, comme nous l'avons, au reste, démontré par ce qui précède. Mais la règle n'épuise pas toute la matière; car s'il est incontestable que le défendeur doit prouver ses exceptions, il n'en est pas moins vrai qu'il doit encore prouver autre chose. En effet, le mot *exceptio*, comme terme technique, signifie les moyens de défense qui, sans attaquer l'existence du droit du demandeur, ont simplement pour but de le paralyser et de le rendre inefficace. Or, nous avons vu que le demandeur peut se défendre encore par d'autres moyens qui mettent également la preuve à sa charge, par exemple, en alléguant des faits qui auraient eu pour effet d'éteindre le droit du demandeur. Par contre, si l'on veut donner au mot *exceptio* la signification vulgaire, d'après laquelle il comprend tout moyen de défense quelconque, l'application du proverbe sera erronée, parce que le défendeur n'est pas tenu de fournir la preuve de ce que nous avons appelé ci-dessus (§ 147) la *litis contestatio negativa*.

L'autre proverbe : * *Affirmans probat, negantis nulla probatio* *, est également vrai dans les applications que les Romains font des deux propositions qui le composent [89]. Mais interprété d'une manière arbitraire, il peut donner lieu aux erreurs les plus étranges [90]. Beaucoup de commentateurs, prenant la règle *negantis nulla pro-*

niam petit numeratam, implere cogitur, ita rursum debitor, qui solutam affirmat, ejus rei probationem præstare cogitur. »

[88] Voyez ci-après note 93.

[89] Voyez note 87.

[90] Voyez entre autres sur cette matière Toullier, *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*. Liv. III, titre III, chap. 6, n[os] 16 et suiv.

batio pour une maxime générale et absolue, ont cru qu'il était physiquement impossible de fournir la preuve d'une négative; et en partant de cette idée, ils ont soutenu que celui qui niait un fait ne pouvait être admis à en prouver la fausseté. Il est évident que cette supposition n'est pas fondée; car la preuve d'une négative peut être fournie non-seulement d'une manière indirecte, par exemple par un alibi, mais encore d'une manière directe, savoir, par témoins ou par délation de serment. Aussi celui qui nie un fait est toujours admis à prouver sa négation, quoiqu'il n'y soit point tenu quand il nie tout simplement les faits non prouvés sur lesquels l'adversaire fonde son droit. D'autres erreurs peuvent naitre de ce que l'on ne saisit pas bien le sens du mot *negare*. On ne doit point l'entendre de la forme logique, mais exclusivement du sens et de la nature juridiques d'une assertion. Autrement la règle serait tout à fait illusoire; car presque toute proposition est susceptible d'être énoncée sous une forme affirmative ou sous une forme négative, selon la volonté de celui qui l'énonce [91].

De ce que nous venons de dire il résulte que les deux proverbes cités, sagement interprétés, ne sont que des applications plus ou moins étendues des règles générales que nous avons exposées au commencement du paragraphe, mais qu'ils peuvent conduire à des erreurs par cela même qu'ils ne contiennent que des applications partielles. Il est donc plus prudent de n'en point faire usage, d'autant plus que nos règles générales suffisent pour résoudre toutes les difficultés qui ne proviennent pas de la nature particulière du droit litigieux.

Observation. Comme celui qui intente une action est *toujours nécessairement* tenu de fournir la preuve des faits sur lesquels il la fonde, les Romains ont l'habitude de dire que celui à qui incombe la preuve d'un fait (*necessitas* ou *onus probandi*) est chargé du rôle de demandeur. Ainsi les termes : *Actoris partibus fungi, petitoris partibus fungi, petitoris partes sustinere, actoris partes obtinere,* signifient dans la plupart des cas tout simplement: *être tenu de fournir la preuve d'un fait,* peu importe que ce devoir incombe au demandeur ou au défendeur [92]. C'est en combinant cette termino-

[91] Ainsi dans la *condictio indebiti* je puis dire que *j'ai payé* ce que je ne devais pas, ou que je *ne devais pas* ce que j'ai payé. — En affirmant que j'ai la propriété libre et illimitée d'un fonds je *nie* qu'un autre ait une servitude sur ce fonds. Il est facile d'augmenter le nombre de ces exemples.

[92] Fr. 14. 19, pr. D., *de probat.* 22, 3. — Fr. 14. D., *de Carboniano edicto* 37, 10. — Fr. 15, in f. D., *de operis novi nunciatione* 39. 1.

logie avec la règle que le défendeur doit fournir la preuve de son exception, que les commentateurs ont fait le proverbe : * *Reus excipiendo fit actor* * [93].

DES MOYENS DE PREUVE.

§ 152.

La preuve d'un fait est ordinairement fournie par des titres qui le constatent ou par des témoins qui en déposent [94]. Les *titres* (*scripturæ, tabulæ, instrumenta, documenta*) se divisent en *actes publics*, reçus par l'autorité ou par un notaire, et en *actes sous seing privé* [95]. Les premiers font pleine foi de ce qu'ils renferment [96]; la force probante des actes sous seing privé dépend des circonstances [97]. Des écrits émanés de nous-même, ainsi que des registres et des papiers domestiques, ne font point un titre pour nous, pas plus que des actes qui désignent, d'une manière trop vague, le fait ou le droit pour la preuve duquel on les allègue [98]. Toutefois il se peut que de pareils écrits acquièrent quelque valeur par d'autres circonstances qui suppléent à ce qui leur manque de force probante [1]. — La *preuve testimoniale* était admise à Rome sans restriction [2]. En général, deux témoins suffisent pour prouver la réalité du fait dont ils déposent ; dans des cas exceptionnels on en exige un plus grand nombre [3]. Nos sources con-

[93] Fr. 1, D., *de except.* 44, 1. « Agere etiam is videtur, qui exceptione utitur : nam reus in exceptione actor est. »

[94] Paul, *S. R.*, V, 5, A, 4.

[95] Nos sources parlent encore de titres *quasi publics*. Elles donnent ce nom aux actes qui sont passés en présence de trois témoins. Voy. L. 11, C., *qui potiores in pignor.* 8, 18, et ci-après livre II, titre V.

[96] Fr. 10, D., *de probat.* 22, 3. — L. 6, C., *de re judic.* 7, 52. — L. 11, C., *qui potiores in pignor.* 8, 18. — Nov. 73, c. 5. 7.

[97] Fr. 26, § 2, D., *depositi* 16, 3. — Fr. 29, pr. D., *de probat.* 22, 3.

[98] L. 5. 6. 7, C., *de probat.* 4, 19. — Fr. 25, § 4, D., *de probat.* 22, 3. « ... Sin autem cautio indebite exposita esse dicatur et *indiscrete* loquitur... »

[1] L. 5, C., *de probat.* 4, 19. « Instrumenta domestica, seu privata testatio seu annotatio, *si non aliis quoque adminiculis adjuventur*, ad probationem *sola* non sufficiunt. »

[2] On ne se faisait pas illusion sur le danger de cette preuve. Voy. une loi de Justinien L. 18, C., *de testibus* 4, 20. « Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes... » Toutefois cette considération engage tout simplement l'empereur à exiger dans un cas spécial cinq témoins au lieu de deux.

[3] Fr. 12, D., *de testibus*. 22, 5. « Ubi numerus testium non adjicitur, etiam *duo*

tiennent plusieurs dispositions particulières sur les qualités requises pour être admis comme témoin [4].

L'*aveu* de la partie à laquelle un fait est opposé dispense naturellement de toute preuve. Dans l'ancienne procédure, l'aveu fait devant le préteur (*in jure*) rendait le *judicium* inutile, puisque le juge n'avait d'autre mission que de constater les faits. *Confessus pro judicato habetur*. L'aveu fait devant le *judex* ne dispensait point du jugement, mais il devait naturellement influer sur la décision du juge. C'est cet effet que l'aveu judiciaire produit dans le droit nouveau [5].— Quant à l'aveu fait en dehors de l'instance, et qu'on appelle *extrajudiciaire*, il fait évidemment preuve des faits auxquels il se rapporte, à moins que la partie contre laquelle l'aveu est invoqué n'en détruise par de nouveaux faits la force probante [6]. Sous ce dernier rapport, il ne faut pas perdre de vue que la réalité de cet aveu ne peut être établie que par les moyens ordinaires de preuve, comme par titres ou par témoins, et que par conséquent on doit y appliquer les règles générales sur l'admissibilité de ces moyens.

A défaut de preuve régulière et d'aveu, il reste une dernière ressource : c'est de déférer à l'adversaire le *serment* sur la vérité des faits contestés [7]. Cette délation est considérée comme une espèce de transaction entre les deux parties, par laquelle l'une d'elles fait dépendre le gain de sa cause de la conscience de son adversaire [8]. Si la partie à laquelle le serment est déféré accepte

sufficiunt; pluralis enim elocutio duorum numero contenta est. » — L. 9, § 1, C., *eod.* 4, 20. — Exceptionnellement on exige trois et cinq témoins dans les L. 15, § 1, et L. 18, C., *eod.* 4, 20.

[4] Fr. 3. 6. 10. 13. 15. 20. 21, pr. D., *de testibus* 22, 5. — L. 3. 6. 10. 12. 17, C., *eod.* 4, 20.

[5] Voyez ci-dessus § 129, n° 4, et § 132.—Paul, V, 5 A, 3.—Fr. 1. 6, pr. § 1. D., *de confessis* 42, 2. — Fr. 56, D., *de re judicata* 42, 1. — Fr. 25, § 1, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — L. un. C., *de confessis* 7, 59. — Voyez sur quelques particularités : L. 7. 8, C., *de juris et facti ignor.* 1, 18; L. 13, C., *de non num. pec.* 4, 30; L. 39, C., *de liberali causa* 7, 16; et sur l'aveu fait au nom de la partie par son mandataire. Fr. 6, § 3-6, D., *de confessis* 42, 2; L. 1. 3, C., *de errore advocatorum* 2, 10.

[6] Arg. Fr. 40, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 25, § 4, D., *de probat.* 22, 3.

[7] Les commentateurs appellent le serment employé comme moyen de preuve *jusjurandum assertorium*, en opposition à celui qui sert à confirmer une convention, *jusjurandum promissorium*. V. § 119, note 20.

[8] Fr. 2, D., *de jurejurando* 12, 2. « Jusjurandum speciem transactionis continet, majoremque habet auctoritatem quam res judicata. » —Fr. 31. 35, § 1, D.. *eod.* — Fr. 21, D., *de dolo* 4, 3.

l'offre et fait le serment, le fait auquel il se rapporte est censé établi en sa faveur [9]. Par contre, si elle le refuse, le fait contesté est censé établi en faveur de la partie adverse. Cependant celui à qui le serment est déféré peut l'éviter en le référant à l'autre partie, laquelle alors est obligée de l'accepter sous peine de succomber dans sa demande ou dans son exception [10]. — Anciennement, le serment fait devant le préteur (*in jure*) rendait le jugement inutile, parce qu'il n'y avait plus nécessité d'examiner les faits [11]. Dans le droit nouveau, il ne dispense plus du jugement, mais il le détermine d'une manière irréfragable, parce que c'est de la prestation du serment que les parties ont fait dépendre le sort du procès [12]. Aussi la partie qui succombe par suite du serment n'est-elle point recevable à en prouver la fausseté [13]. — Le juge qui ne se trouve pas parfaitement éclairé par les allégations respectives des parties, peut aussi faire compléter la preuve en déférant d'office le serment à l'une ou l'autre des parties [14]. On a l'habitude d'appeler ce serment *supplétif* ou *supplétoire*, quand il sert à compléter une preuve incomplète, et *purgatif* ou *purgatoire*, quand il a pour effet de paralyser une preuve insuffisante. Dans l'un comme dans l'autre cas, la délation de ce serment, ne contenant point de transaction, est loin de produire des effets aussi absolus que la délation faite par l'une des parties [15]. Particulière-

[9] Fr. 5, § 2. Fr. 7. 26. 27. 28, § 8. Fr. 34, § 9. Fr. 40, D. *de jurejur.* 12, 2.

[10] Fr. 34, § 6-9. Fr. 38, D., *de jurejur.* 12, 2. — L. 9, C., *eod.* 4, 1.

[11] Voyez ci-dessus § 132, note 79.

[12] Voyez note 8. Fr. 1, pr. D., *quar. rerum actio non datur* 44, 5. Le passage d'Ulpien ne parle à la vérité que du serment *in jure*, mais l'argument s'applique à tout serment judiciaire. « Jusjurandum vicem rei judicatæ obtinet : non immerito, cum ipse quis judicem adversarium suum de causa sua fecerit, deferendo ei jusjurandum.

[13] Fr. 21. 22, D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 56, D., *de re judic.* 42, 1. — L. 1, C., *de jurejur.* 4, 1. — Voyez cependant Fr. 31, D., *eod.* 12, 2 (note 15) et L. ult. C., *eod.* 4, 1. — Au reste le faux serment était puni criminellement. L. 2, C., *eod.* 4, 1. — L. 13, C., *de testibus* 4, 20. — L. 41, C., *de transact.* 2, 4.

[14] Fr. 31, D., *de jurejur.* 12, 2. « ... Solent enim sæpe judices in dubiis causis *exacto* jurejurando secundum eum judicare, qui juravit... » — L. 3, C., *eod.* « In bonæ fidei contractibus, nec non etiam in ceteris causis, inopia probationum per judicem jurejurando, causa cognita, res decidi oportet. »

[15] Fr. 31, D., *de jurejur.* 12, 2. « Admonendi sumus, interdum etiam post jusjurandum *exactum* permitti constitutionibus principum ex integro causam agere, si quis nova instrumenta se invenisse dicat, etc.

ment celui à qui le juge défère le serment, peut le décliner en offrant la preuve du fait sur lequel il est déféré [16]. Nous devons encore mentionner que dans certains cas le demandeur est admis à fixer sous serment le montant d'un dommage dont il poursuit la réparation envers le défendeur. C'est ce que les Romains appellent *in litem jurare* [17].

Il nous reste à parler de deux moyens de droit, dont l'effet est de dispenser de la preuve la partie qui est dans les conditions voulues pour les faire valoir. Ce sont les *présomptions* et les *fictions*. Les *présomptions* sont des conséquences que la loi tire d'un fait connu à un fait inconnu [18]. Ces conséquences ne sont à la vérité que des conjectures qui peuvent n'être pas vraies; mais la loi les suppose vraies jusqu'à ce que la fausseté en soit démontrée. Celui qui peut invoquer en sa faveur une présomption est donc dispensé de la preuve du fait sur lequel elle porte; toutefois la force probante de la présomption sera anéantie si l'adversaire prouve que, dans l'espèce, le fait supposé vrai n'existe réellement pas. Car la *preuve* du contraire est naturellement admise contre toute présomption, quelle qu'en soit la *probabilité*. Ainsi la loi présume que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari. Cette présomption dispense l'enfant de la charge de prouver sa légitimité; mais les personnes qui ont intérêt à lui contester cette qualité sont admises à prouver qu'il n'a pas été engendré par le mari [19]. — Dans certains cas, cependant, la loi veut qu'une présomption tienne lieu de la vérité, de sorte que la preuve du contraire ne soit pas admise. Telle est, par exemple, la règle que l'enfant né plus de dix mois après la dissolution du mariage n'est point enfant légitime du mari. Cette règle est uniquement fondée sur la présomption qu'un enfant ne peut naitre plus de dix mois après sa conception; mais cette présomption est considérée comme si puissante qu'elle ne saurait être paralysée de

[16] Zimmern, *Traité des actions*, § 127, note 15. § 135, note 7.

[17] Tit. D., *de in litem jurando* 12, 3. — Tit. C., *eod.* 5, 53.

[18] Nous n'avons à nous occuper que des présomptions établies par la *loi*, que les commentateurs appellent " *præsumtiones juris* " en opposition aux conséquences que *l'homme* peut tirer d'un fait connu à un fait inconnu et qu'on a l'habitude d'appeler " *præsumtiones facti s. hominis* ".

[19] Fr. 12, D., *de statu hom.* 1, 5. — Fr. 2, § 1, D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 35, pr. 40, § 4, D., *de procurator.* 3, 3. — Fr. 33, § 2, D., *de leg. III* (32). — Fr. 24. 25, D., *de probationibus et præsumtionibus* 22, 3. — Fr. 9, § 1. 2. 4. Fr. 16, pr. 22. 23, D., *de rebus dubiis* 34, 5.

quelque manière que ce soit [20].—Il est évident qu'en agissant ainsi le législateur a ôté aux conjectures de ce genre le caractère de présomption, et les a érigées en règles positives de droit [21]. Quant à leurs effets juridiques, elles présentent la plus grande analogie avec les *fictiones* qui jouaient un si grand rôle dans l'ancien droit. Nous avons déjà eu l'occasion de montrer comment on s'en servait pour introduire des réformes sans attaquer de front les dispositions du *jus civile*. Nous en verrons d'autres exemples dans le cours de l'ouvrage. Ici nous nous bornons à faire observer que non-seulement le préteur et les jurisconsultes employaient ce moyen, mais que, dans des temps assez reculés même, la législation y avait recours [22].

V. Actes du juge.

DU JUGEMENT.

§ 153.

Nous avons exposé ailleurs comment les jugements se rendaient et quels étaient les moyens que les parties pouvaient employer quand elles se croyaient lésées par la sentence du juge [23]. Nous n'avons à nous occuper ici que des effets du jugement décisoire contre lequel il n'y a plus aucun recours légal, et qui est appelé chose jugée, *res judicata* [24], pour le distinguer de *sententia*, jugement en général.

Rappelons-nous d'abord que le contenu du jugement était toujours déterminé par la *litis contestatio*, et que par conséquent son effet remontait au jour de cet acte de la procédure [25]. Or la *litis contestatio* avait déjà créé une obligation nouvelle entre les parties

[20] Fr. 3, § 11, D., *de suis et legitimis hered.* 38, 16. — Voyez aussi L. 14, C., *de non num. pec.* 4, 30.

[21] Les commentateurs leur ont donné le nom barbare de * *præsumtiones juris et de jure* *, en opposition aux véritables présomptions, * *præsumtiones juris tantum* *, à l'égard desquelles la preuve contraire est admise.

[22] Par exemple la fiction qui sert de base au *jus postliminii* et la *fictio legis Corneliæ*. Voyez ci-après livre II, titre I. Livre IV, titre II. Livre V.

[23] Voyez ci-dessus § 35 et § 77.

[24] Fr. 1, D., *de re judicata* 42, 1. « Res judicata dicitur, quæ finem controversiarum pronunciatione judicis accipit: quod vel condemnatione vel absolutione contingit. » — Quelquefois cependant le mot *res judicata* désigne un jugement susceptible d'appel. Fr. 7, pr. D., *de transact.* 2, 15.

[25] Voyez ci-dessus § 139.

en remplacement des relations qui avaient existé avant le litige. On peut donc dire que le jugement éteint le rapport légal qui a donné lieu au procès [26]. Ce qui est dit par le jugement fait droit entre les parties et est obligatoire pour elles, *jus facit judex* [27]; de manière que même la preuve de l'injustice du jugement ne saurait profiter à la partie qui a succombé. *Res judicata pro veritate accipitur* [28].

Cet effet se montre d'abord dans les jugements qui contiennent la condamnation de l'une des parties. La partie qui a obtenu la condamnation a le droit de faire exécuter le jugement, et peut se servir, le cas échéant, de l'*actio judicati* pour obtenir l'accomplissement de l'obligation qui en résulte [29]. Mais, abstraction faite de cette force exécutoire de la chose jugée, elle produit surtout son effet toutes les fois que la contestation qu'elle a terminée est de nouveau élevée entre les parties, de quelque manière que ce soit. Alors chaque partie peut se prévaloir de ce que la chose jugée contient de favorable pour elle, sans que l'adversaire puisse y opposer la moindre défense. Cette conséquence a lieu dans tous les cas, que le jugement condamne ou acquitte le défendeur, ou qu'il se borne à constater tout simplement l'existence d'un droit, comme dans les actions préjudicielles. Dans la plupart des cas, la chose jugée sert ainsi de protection contre une poursuite dont le but est contraire aux droits établis par le jugement [30], et c'est par ce motif

[26] GAIUS, III, 180. « ... Ante litem contestatam *dare* debitorem oportere, post litem contestatam *condemnari* oportere, post condemnationem *judicatum facere* oportere. »

[27] Les termes se trouvent Fr. 11, D., *de justitia et jure* 1, 1; Fr. 17, § 1, D., *de inoff. test.* 5, 2; Fr. 14, pr. D., *de appellat.* 49, 1. — Le principe est exprimé dans un grand nombre de passages Fr. 3, § 11, D., *de peculio* 15, 1. « Nam sicuti stipulatione contrahitur... ita judicio contrahi : proinde non originem judicii spectandam, sed ipsam judicati velut obligationem. » — Fr. 9, in f. D., *eod.* — Fr. 35, D., *de noxal. act.* 9, 4. — Fr. 16, § 6, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 4, § 6. 7, D., *de re judic.* 42, 1. — Fr. 29, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 8, § 3, D., *de novat.* 46, 2.

[28] Fr. 207, D., *de regulis juris* 50, 17.—Fr. 25, D., *de statu hom.* 1, 5.—Fr. 12, § 3, D., *de bonis libert.* 38, 2.—Fr. 36, D., *fam. ercisc.* 10, 2.—Fr. 29, § 5, D., *mandati* 17, 1. — Tit. C., *sententiam rescindi non posse* 7, 50.

[29] Les règles relatives à l'exécution des jugements appartiennent à la *procédure*. Toutefois nous en dirons quelques mots dans un *Appendice* que nous ajouterons au livre III.

[30] Aussi dans le droit antéjustinien l'*exceptio rei judicatæ* figure ordinairement à côté de l'*exceptio rei in litem deductæ* qu'elle remplace comme le juge-

que le principal titre du Digeste, qui traite de cette matière, porte l'inscription : *De exceptione rei judicatæ* [31]; mais la chose jugée peut également servir de base à une action, ou fournir une réplique en faveur du demandeur [32].

Quoi qu'il en soit, pour qu'on puisse faire valoir l'autorité de la chose jugée, il faut nécessairement que la *même contestation, eadem quæstio*, s'élève de nouveau *entre les mêmes parties, inter easdem personas* [33].

1° *Eadem quæstio*. Il faut que la contestation dont il s'agit dans le second procès soit la même qui a été jugée dans le premier. Sous ce rapport, nos sources exigent qu'il y ait *idem corpus, eadem quantitas, idem jus, eadem causa petendi* [34]. Les deux premiers points ne présentent guère de difficulté : il est évident que l'exception de la chose jugée exige *identité de l'objet*. Toutefois on ne doit

ment remplace l'obligation résultant de la *litis contestatio*. Voyez Gaius, III, 180. 181, IV, 106-108, et ci-dessus § 139.

[31] Tit. D., *de exceptione rei judicatæ* 42, 1. — Le Digeste contient encore le titre *de re judicata et de effectu sententiarum et de interlocutionibus* 42, 1. — Voyez aussi Tit. C., *de re judicata* 7, 52 et les Titt. C., 7, 50. 53-56. 60.

[32] Fr. 9, § 1. Fr. 24, D., *de exc. rei jud.* 44, 2.

[33] Fr. 7, § 4, D., *de exc. rei jud.* 44, 2. « Et generaliter, ut Julianus definit, exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur, *vel alio genere judicii*. Et ideo, si hereditate petita, singulas res petat, vel singulis rebus petitis, hereditatem petat, exceptione summovebitur. » — Fr. 3, D., *eod.* — Ce serait sortir des limites d'un livre élémentaire que de traiter à fond la matière épineuse que nous abordons ici. Nous avons dû nous borner à tracer les règles les plus générales qui peuvent servir de guide dans les cas difficiles. Il n'est peut-être pas inutile de faire observer que l'application de ces règles exige plus de précaution lorsqu'il s'agit d'un jugement qui acquitte le défendeur que dans le cas où le jugement contient condamnation. Car dans ce dernier cas, le jugement renferme une déclaration positive; tandis que dans le premier la déclaration n'affirme rien, si ce n'est la non-existence du droit que le demandeur réclame. Fr. 15, D., *de exc. rei jud.* 44. « Si inter me et te controversia de hereditate sit, et quasdam res ex eadem tu possides, quasdam ego, nihil vetat, et me a te, et invicem te a me hereditatem petere : quod si post rem judicatam a me petere cœperis, interest, utrum meam esse hereditatem pronunciatum sit, an contra. Si meam esse, nocebit tibi rei judicatæ exceptio, quia eo ipso quo meam esse pronunciatum est, ex diverso pronunciatum videtur tuam non esse : si vero meam non esse, nihil de tuo jure judicatum esse intelligitur, quia potest nec mea hereditas esse, nec tua. — Voyez aussi Fr. 9, pr. 17. 18. 30, § 1, D., *eod.* — C'est pour avoir méconnu cette vérité que les auteurs sont tombés dans bien des erreurs. Voy. ci-après note 40.

[34] Fr. 3. 6. 7, pr. § 1. 2. 3. 4. Fr. 8. 14, pr. Fr. 21, § 1. Fr. 26. 30, D., *de exc. rei jud.* 44, 2.

pas perdre de vue que la décision sur un ensemble comprend les parties dont il se compose, et que le moins est contenu dans le plus. Cette observation s'applique également à l'*identité du droit*. Particulièrement, lorsqu'un premier jugement a statué sur l'existence d'un droit qui en comprend plusieurs autres, ou dont plusieurs autres dérivent nécessairement, la chose jugée pourra être opposée toutes les fois que l'un ou l'autre de ces derniers est mis en question dans un procès nouveau [35]. Quant à la quatrième condition, le terme que nos sources emploient pour la désigner, *eadem causa petendi*, est assez vague et peut prêter à l'équivoque. C'est ce que le jurisconsulte Neratius a senti en disant que c'est la *proxima causa petendi* qu'on doit envisager [36]. Mais il faut convenir que l'adjectif qu'il ajoute ne lève pas toute difficulté. Dans cette matière, il importe avant tout de distinguer entre les actions personnelles et les actions *in rem* [37]. Les premières sont fondées sur un droit d'obligation. Or, il est évident, qu'entre deux personnes déterminées des causes différentes feront naître plusieurs obligations différentes, quand même les prestations à faire par le débiteur seraient identiquement les mêmes dans toutes ces obligations. En d'autres termes, le même objet peut m'être dû plusieurs fois par la même personne : je puis avoir le droit d'exiger de Pierre telle

[35] Fr. 6. 7, § 4. 5. Fr. 14, § 1. 3. Fr. 18. Fr. 21, § 3. Fr. 23. 25, § 1. Fr. 26. § 1, D., *eod.* — Pour éviter, qu'un jugement de ce genre ne pût servir par la suite de *præjudicium* à une question ultérieure, les parties avaient l'habitude de faire leurs réserves au moyen d'une *præscriptio*. Nous en avons déjà vu un exemple au § 147, note 55. D'autres *præscriptiones* ayant le même but sont fréquemment citées dans le droit antéjustinien, par exemple : *quod præjudicium hereditati non fiat*, *quod præjudicium fundo partire ejus non fiat*, *ne præjudicium libertati fiat*. Gaius. IV, 133. — Fr. 16-18. D., *de except.* 44. 1. — Fr. 25, § 17. D., *de hered. pet.* 5. 3. — Voyez en général Zimmern. *Traité des actions*, § 96.

[36] Fr. 27, D., *de exc. rei jud.* 44. 2. « Cum de hoc, an eadem res est, quæritur, hæc spectanda sunt : personæ, id ipsum, de quo agitur, *causa proxima* actionis : nec jam interest, qua ratione quis eam causam actionis competere sibi existimasset : perinde ac si quis posteaquam contra eum judicatum esset, nova instrumenta causæ suæ reperisset. »

[37] Fr. 14, § 2, D., *eod.* « Actiones in personam ab actionibus in rem hoc differunt, quod, cum eadem res ab eodem mihi debeatur, singulas obligationes singulæ causæ sequuntur, nec ulla earum alterius petitione vitiatur, at cum in rem ago, non expressa causa, ex qua rem meam esse dico, omnes causæ una petitione adprehenduntur : neque enim amplius quam semel res mea esse potest, sæpius autem deberi potest. »

maison d'abord en vertu d'un contrat de vente, ensuite en vertu d'un legs fait en ma faveur. Mais chacune de ces causes constitue une obligation différente; si j'ai succombé dans mon action résultant du contrat, je n'en serai pas moins recevable à demander la maison en exécution du legs [38]. Dans les actions *in rem*, au contraire, il s'agit de la reconnaissance d'un droit dont l'identité est toujours déterminée par l'identité de l'objet. Ainsi la même chose ne peut point m'appartenir à plus d'un titre : dès que j'en suis propriétaire, je ne puis plus le devenir d'une autre manière. De même, si un jugement déclare que la chose m'appartient, je suis dès ce moment censé être propriétaire, et celui contre lequel j'ai obtenu le jugement, ne pourra plus revendiquer la chose en soutenant qu'il est propriétaire pour une autre cause que celle sur laquelle il s'était fondé dans le premier procès. Par contre, si un premier jugement a décidé que je ne suis pas propriétaire, je ne pourrai plus agiter de nouveau cette question [39]. Le même raisonnement s'applique aux autres droits réels et aux droits personnels. Ces conséquences découlent de la nature de ces droits et de la règle connue : *res judicata pro veritate accipitur*. Toutefois nos jurisconsultes en ont fait une exception pour le cas où le demandeur a déclaré expressément qu'il entend se fonder sur telle cause déterminée. Au moyen de cette déclaration, il se réserve le droit de pouvoir réclamer l'objet pour une autre cause, s'il succombe dans son premier procès [40]. Dans tous les cas, il va sans dire que l'exception de la chose jugée ne peut être opposée lorsque le fait sur lequel le demandeur fonde son droit dans la seconde procédure, est survenu après le premier

[38] Fr. 18. D., *de obl. et act.*, 44, 7.

[39] Nous devons rappeler ici l'observation que nous avons faite à la fin de la note 35. Voyez Fr. 9, pr. 17. 18, D., *de exc. rei jud.* 44, 2. Si dans une action en revendication j'ai succombé par le motif que le défendeur ne se trouve pas en possession de la chose, il est évident que la décision négative ne préjuge rien à l'égard de mon droit de propriété, et que l'exception de la chose jugée ne peut m'être opposée, si par la suite j'intente une nouvelle revendication contre la même personne, pourvu que maintenant elle se trouve en possession de la chose.

[40] Fr. 11, §§ 1. 2, D., *de exc. rei jud.* 44, 2. « Denique et Celsus scribit, si hominem petiero, quem ob eam rem meum esse existimavi, quod mihi traditus ab alio est, cum is ex hereditaria causa meus esset, rursus petenti mihi obstaturam exceptionem. § 2. Si quis autem petat fundum suum esse, eo quod Titius eum sibi tradiderit, si postea alia ex causa petat, *causa adjecta,* non debet summoveri exceptione. » — Fr. 14, § 2, D., *eod.*, cité à la note 38.

jugement [41]. — En résumé, dans les actions personnelles c'est la cause de l'obligation, le fait qui l'a créée, qui constitue l'identité de la question, tandis que dans les *actiones in rem* c'est le droit même et non pas le fait sur lequel on le fonde, sauf le cas où dès l'abord on a déclaré qu'on ne soumet au juge que telle cause déterminée.

2° *Inter easdem personas.* La chose jugée ne peut être invoquée que lorsque la même question se présente entre les mêmes personnes, *agissant en la même qualité.* Il va sans dire que les successeurs *per universitatem* sont considérés comme ne faisant qu'une personne avec leur auteur [42]; même le successeur *in singulam rem* doit subir l'exception de la chose jugée à l'égard de son auteur, comme il peut s'en prévaloir [43]. Toutefois, il est évident que l'exception ne passe aux successeurs, tant universels qu'à titre particulier, que pour autant qu'ils aient succédé. — Dans certains cas, on déroge à la règle que la chose jugée ne peut avoir d'effet à l'égard des tierces personnes. Nous nous bornons à indiquer ici quelques exceptions générales : *a.* La chose jugée obtenue dans les questions d'état fait droit à l'égard de tout le monde. La personne à laquelle un jugement reconnaît la qualité d'homme libre, de fils légitime, etc., peut opposer ce jugement à quiconque lui contesterait sa qualité par la suite. Cette règle est absolue en droit romain; elle n'y souffre exception que pour le cas où l'adversaire dans le premier procès n'aurait pas été sérieux et se serait prêté à jouer ce rôle dans une intention frauduleuse [44]. *b.* Celui qui est déclaré héritier d'une succession acquiert par le jugement cette qualité à l'égard des légataires, des créanciers et des débiteurs de la succession. Il peut s'en prévaloir à son profit vis-à-vis de ces personnes; mais il est également tenu de l'accepter à son préjudice [45]. *c.* La chose jugée peut être opposée à celui qui avait un

[41] Fr. 11, § 4. Fr. 17. 18. 25, pr. D., *de exc. rei jud.* 44, 2.

[42] Fr. 6, § ult. D., *eod.* — Fr. 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1.

[43] Fr. 9, § 2. Fr. 10. 11. §§ 3.9. Fr. 28, D., *de exc. rei jud.* 44, 2. — Fr. 3, § 1, D., *de pignor.* 20, 1. — Il est inutile de faire observer que le jugement obtenu contre le successeur ne peut préjudicier à l'auteur. Fr. 9, § 2. Fr. 10, D., *cités.*

[44] Fr. 1, § 16. Fr. 2. 3, D., *de agnoscendis et alend. liberis* 25, 3. — Fr. 25, D., *de statu hom.* 1, 5. — La restriction se trouve Fr. 3, D., *de collusione detegenda* 40, 16.

[45] Cette règle se trouve exprimée aux Fr. 50, § 1, D., *de leg. I* (30). — Fr. 3, pr. D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 8, § 16. Fr. 17, § 1, D., *de inoff. testam.* 5, 2. — Le Fr. 15, D., *de inoff. test.* et le Fr. 63, D., *de re judicata* 42, 1, que l'on

intérêt dans un procès qu'il savait exister et dans lequel il n'est pas intervenu malgré la connaissance qu'il en avait [46]. — Nous mentionnerons dans le cours de l'ouvrage quelques autres exceptions fondées, pour la plupart, sur la nature particulière de l'objet litigieux [47].

DES CAUTIONS ET DES ENVOIS EN POSSESSION.

§ 154.

Pour garantir des droits actuels ou éventuels, les Romains avaient souvent recours à des moyens indirects qui, selon les circonstances, pouvaient aussi servir de moyens de contrainte et d'exécution. Parmi eux, nous remarquons surtout les cautions et les envois en possession.

Les *cautiones* avaient ordinairement pour but d'assurer l'exécution d'une obligation ou de prémunir contre un dommage à venir [48]. A cet effet, le préteur ou le juge ordonnait à la partie récalci-

cite comme contraires, ne traitent pas de la même question. — Au reste, notre principe ne souffre point application quand la personne contre laquelle le premier jugement a été obtenu était d'intelligence avec le prétendu héritier. Fr. 20, pr. D., *de inoff. test.* 5, 2; Fr. 3, § 1. Fr. 14, pr. D., *de appellat.* 49, 1. Il en est de même lorsqu'elle c'est laissé condamner par défaut ou qu'elle a négligé d'interjeter appel. Ces deux faits, à la vérité, semblent être des indices suffisants de connivence. Fr. 17, § 1. Fr. 18, D., *de inoff. testam.* 5, 2; Fr. 50, § 1, D., *de leg. I* (30); Fr. 14, § 1, D., *de appellat.* 49, 1.

[46] Par exemple : le créancier hypothécaire qui sait que l'on revendique dans les mains de son débiteur la chose hypothéquée et qui n'intervient pas dans le procès, doit subir l'exception de la chose jugée contre son débiteur. Le principe qui domine cette question est fort bien traité dans le Fr. 63, D., *de re judicata* 42, 1, auquel nous renvoyons avec l'observation que dans le premier alinéa de ce fragment on ne doit pas lire : *veluti si creditoREM experiri passus sit debitoR*, comme le fait la vulgate, mais *veluti si creditoR experiri passus sit debitoREM*. Cette dernière leçon se trouve dans les Pandectes Florentines et est confirmée par les Basiliques.

[47] Fr. 4, § 3. Fr. 19, D., *si serv. vindicetur* 8, 5. — Fr. 7, § 1, D., *de except.* 44, 1; Fr. 21, § ult. D., *de exc. rei jud.* 44, 2. — Voyez aussi les dispositions spéciales des Fr. 11, § 7, D., *de exc. rei jud.* 44, 2 coll. Fr. 23, D., *de solut.* 46, 3.

[48] Dans un sens plus étendu le mot *cautio* comprend tout ce qui peut nous donner une sûreté quelconque, *ut quis cautior et securior sit.* Fr. 1, § 4, D., *de stip. prætor.* 46, 5. Dans ce sens on l'emploie quelquefois pour désigner des reconnaissances par écrit et même des quittances. Fr. 40, D., *de reb. cred.* 12, 1. — Fr. 15, D., *de probat.* 22, 3. — L. 3, C., *de verb. signif.* 6, 38.

trante de garantir l'accomplissement de ce qu'elle devait ou pourrait devoir par la suite [49]. Dans le principe, cette garantie était régulièrement fournie par une autre personne solvable qui répondait du débiteur originaire (*præs, vades, vindex,* et plus tard *sponsor, fidepromissor, fidejussor*) [50]. Par la suite, on se contentait ordinairement de la promesse solennelle du défendeur, *stipulatio,* qu'on renforçait souvent au moyen du serment, *cautio juratoria* [51]. Enfin dans d'autres cas, on exigeait une garantie réelle au moyen d'un gage [52]. — Dans le droit nouveau, la promesse solennelle suffit quand il s'agit simplement de *cautio* [53]; mais quand la loi exige *cautio idonea*, le débiteur doit fournir la garantie au moyen d'un fidéjusseur ou d'un gage [54]. Le mot *satisdatio* désigne spécialement la caution par fidéjusseurs, quoiqu'il comprenne souvent aussi la garantie réelle et même la simple caution promissoire [55]. — Par des dispositions particulières, le fisc est dispensé de toute caution. Les villes et les personnes qui possèdent des immeubles d'une valeur suffisante ne sont tenues que de la caution promissoire [56].

Un moyen plus efficace que les cautions était l'envoi en posses-

[49] Nous ne parlons ici que des cautions imposées par l'autorité et qui sont appelées *necessariæ* en opposition à celles dont les parties conviennent entre elles, *voluntariæ,* et dont il sera traité aux endroits convenables. Fr. 7, § 1, D., *qui satisd. cog.* 2, 8. — Nous avons cru également pouvoir nous dispenser de parler de la division en *cautiones prætoriæ, judiciales et communes*, dont l'explication se trouve §§ 1. 2. 4, I., *de divis. stipul.* 3, 18 et Fr. 5 pr. D., *de verb. obl.* 45, 1, ainsi que de la subdivision des cautions prétoriennes en *cautiones judiciales, cautionales et communes.* Fr. 1, pr. — § 3, D., *de stip. prætor.* 46, 5.

[50] Ce mode forme encore dans le droit nouveau la règle pour les cautions prétoriennes. Fr. 7, D., *de stip. præt.* 46, 5.

[51] § 2, I., *de satisdat.* 4, 11. — Fr. 1, § 5, D., *de stip. prætor.* 46, 5. — Fr. 2, § 3, D., *quod legatorum* 43, 3. — L. 3, § 3, in f. C., *de privil. schol.* 12, 30.

[52] Fr. 7, D., *de stip. præt.* 46, 5. — Fr. 1, § 9, D., *de collat.* 37, 6.

[53] Fr. 1, § 8, D., *de stip. præt.* 46, 5. — L. 3, C., *de verb. signif.* 6, 38.

[54] Fr. 59, § 6, D., *mandati* 17, 1. — Fr. 4, § 8, D., *de fideic. libert.* 40, 5. — Fr. 21, § 2, in f. D., *de const. pec.* 13, 5.

[55] Fr. 1, D., *qui satisd. cog.* 2, 8; Fr. 1, § 9, D., *de collat.* 37, 6; Fr. 4, § 8, D., *de fideic. libert.* 40, 5; Fr. 1, § 5, D., *de stip. præt.* 46, 5. — Fr. 61, D., *de verb. sign.* 50, 16.

[56] Fr. 3, § 5, D., *si cui plus quam leg. Falcid. lic.* 35, 3. (Fr. 2, § 1, D., *de fundo dot.* 23, 8. « Quamvis fiscus semper idoneus successor sit, et *solvendo*). » — Fr. 6, § 1, D., *ut leg. seu fideic. serv. causa cav.* 36, 3. — Fr. 15. pr. D., *qui satisd. cog.* 2, 8; L. 26, § 6, C., *de episc. audit.* 1, 41; L. 4, § 1, C., *de sportulis* 3, 2.

sion des biens du défendeur, décrété par le magistrat, *missio in bona, in possessionem*. Quand, par exemple, celui à qui une caution était imposée refusait de la fournir, ou n'exécutait point celle qu'il avait donnée, le préteur pouvait envoyer la partie adverse en possession des biens du récalcitrant, afin de le forcer ainsi à s'exécuter [57]. Le même moyen fut employé dans beaucoup d'autres cas, que nous exposerons quand l'occasion s'en présentera [58]. Les effets de l'envoi en possession différaient selon le but qu'on se proposait d'atteindre. En général, il autorisait celui qui l'avait obtenue à se mettre en possession de la chose [59], et lui conférait un droit de gage sur elle pour sûreté du payement de l'obligation qui avait donné lieu à l'envoi, *pignus prætorium* [60]. Pour faire valoir ces avantages, on lui accordait une *in factum actio*, ou bien le préteur le protégeait au moyen d'un *interdit* (voyez le paragraphe suivant) [61]. Dans un cas particulier, l'envoi réitéré, *missio ex secundo decreto*, avait même pour effet de lui procurer la propriété de la chose [62]. — Au reste, l'objet de la *missio in possessionem* peut être une ou plusieurs choses déterminées, ou bien tout le patrimoine d'une personne. Dans ce dernier cas, elle s'appelle de préférence *missio in bona*.

[57] Exemple : Fr. 7, pr. D., *de damno inf.* 39, 2. « Prætor ait : DAMNI INFECTI... PROMITTI.., SATISDARI JUBEBO... EUM, CUI ITA NON CAVEBITUR, IN POSSESSIONEM EJUS REI, CUJUS NOMINE, UT CAVEATUR, POSTULABITUR, IRE ET, CUM JUSTA CAUSA ESSE VIDEBITUR, ETIAM POSSIDERE JUBEBO.

[58] Des raisons de méthode s'opposent à que nous entrions ici dans de plus grands détails. Faisons seulement observer que les différents cas d'envoi en possession sont analysés dans nos sources et divisés en quatre catégories suivant le but qu'il s'agit d'atteindre; 1° *rei servandæ gratia* pour sûreté d'un droit d'obligation; 2° *legatorum servandorum causa;* 3° *hereditatis tuendæ causa ; 4° damni infecti nomine.* Voyez Fr. 1, D., *quibus ex causis in possessionem eatur* 42, 4, auquel il faut ajouter pour le n° 3 les Titt. D., 37, 9. 10 et Tit. C., 6, 17.

[59] Il est cependant à remarquer que la possession que le demandeur peut obtenir, ne constitue qu'une simple *détention*, et qu'elle n'a pas tous les effets de la *possession* proprement dite. Fr. 3 § ult. D., *de acquir. poss.* 41, 2. — Fr. 11. D., *quibus ex causis in poss. eatur.* 42, 4. — Voyez ci-après livre II, Introd. chap. II.

[60] Fr. 26, D., *de pignoratitia actione* 13, 7. — Tit. C., *de prætorio pignore, et ut in actionibus debitorum missio prætorii pignoris procedat* 8, 22.

[61] Tit. D., *ne vis fiat ei, qui in possessionem missus erit* 43, 4.

[62] C'est là le cas de la *missio in possessionem damni infecti nomine*. Fr. 7, pr. Fr. 15, § 16. 23, D., *de damno infecto* 39, 2. — Voyez ci-dessus pages 91. 92, et en général sur le *damnum infectum* le livre III. Quant à la nature de la propriété qui résulte de la seconde *missio*, voyez ci-après § 176, note 31.

DES INTERDITS [63].

§ 155.

Les interdits ont la même origine et le même but que les autres actions, ils n'en diffèrent que par la procédure. Dans certains cas, notamment quand il s'agissait d'affaires qui exigent une grande célérité dans l'exécution [64], le préteur, au lieu de désigner un juge, commençait par rendre une ordonnance par laquelle il ordonnait au défendeur de faire droit à la demande. Cette ordonnance s'appelait *decretum* ou *interdictum*, selon qu'elle ordonnait ou défendait de faire quelque chose [65]. Par la suite, le mot *interdictum* devint général pour tous les cas, probablement par la raison que les ordonnances prohibitives étaient les plus fréquentes [66].

Le défendeur était obligé de se soumettre à l'ordonnance du préteur, ou bien il pouvait y faire opposition. Dans le premier cas, tout était fini et il n'y avait plus lieu à d'autres actes de procédure [67]. Si le défendeur faisait opposition, on procédait au *judicium* et tout se passait comme dans un litige ordinaire [68], sauf

[63] Gaius, IV, 139-170. — Paul, *S. R.*, V, 6.— Tit. D., *de interdictis* 43, 1. — Tit. I., *eod.* 4, 15. — Tit. C., *eod.* 8, 1.

[64] *Beneficio celeritatis inventum.* L. 22, Th. C., *quorum appell.* 2, 36. — *Omnibus frustrationibus amputatis.* L. 3, J. C., *quorum bonorum* 8, 2.

[65] Gaius, IV, 139. « Certis igitur ex causis prætor aut proconsul *principaliter* (c'est-à-dire, sans intervention du juge) auctoritatem suam finiendis controversiis proponit,... et in summa aut jubet aliquid fieri aut fieri prohibet : formulæ autem verborum et conceptiones, quibus in ea re utitur, *interdicta decretave* vocantur. »

[66] Gaius, IV, 140. — Les deux termes sont distingués avec soin dans la loi *Rubria de Gallia cisalpina* c. 19 au commencement, et au Fr. 1, pr. D., *de tabulis exhib.* 43, 5. Cependant au Fr. 1 pr. D., *ut in flum. publ.* 43, 14, le mot *interdictum* est déjà employé pour désigner un *decretum*, et dans le droit nouveau ce terme est devenu général pour désigner la procédure dont nous parlons. § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Au reste l'étymologie du mot *interdictum* est trop claire pour que nous ayons besoin de réfuter Théophile qui le fait dériver de ce que la procédure se fait *inter duos*, et d'autres qui le mettent en rapport avec *interim*. Voy. ci-après note 80.

[67] Gaius, IV, 163. « ... Quasi hoc ipso confessus videatur restituere se vel exhibere debere... 164. Observare debet is, qui volet arbitrum petere, ut ita eum petat, antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat. Sero enim petentibus non indulgebitur. » — Fr. 6, § 2, D., *de confessis.* 42, 2. — Fr. 1, § 1, D., *de tabulis exhibendis* 43, 5.

[68] Gaius, IV, 141. « Nec tamen, cum quid jusserit fieri, aut fieri prohibuerit

que la procédure paraît avoir été plus expéditive [69]. Le juge avait à examiner la réalité des faits allégués par les parties, et selon le résultat de cet examen il condamnait ou acquittait le défendeur [70]. La défense de ce dernier pouvait être fondée particulièrement dans les *decreta* sur ce qu'il avait déjà fait ce que le préteur lui ordonnait de faire, et dans les *interdicta* sur ce qu'il n'avait point commis le fait dont le demandeur se plaignait [71]. L'acquittement impliquait mainlevée de l'ordonnance; la condamnation, au contraire, en amenait l'exécution et pouvait en outre imposer au défendeur le payement des dommages et intérêts [72]. Souvent le montant de ces derniers était déterminé d'avance au moyen d'une peine conventionnelle que les parties se promettaient mutuellement, *sponsio* et *restipulatio*, et que le demandeur devait payer aussi bien que le défendeur, s'il succombait [73]. Cette peine conventionnelle était stipulée dans tous les interdits prohibitifs [74]. Dans les autres, elle n'était pas de rigueur; et si les par-

(prætor), statim *peractum* est negotium : sed ad judicem recuperatoresve itur, et tum, ibi editis formulis, quæritur, an aliquid adversus prætoris edictum factum, sit, vel an factum non sit, quod is fieri jusserit... » Les commentaires de Gaius, IV, 139-170 ne laissent plus aucun doute sur le point autrefois fort contesté, que les interdits se jugeaient *judicio ordinario* quand le défendeur ne se soumettait point à l'ordonnance. Cela résulte encore d'une manière incontestable des passages suivants : « Ad interdictum, id est jure ordinario, litigatur. » Frontin, *de limit. agr.* (p. 41. 56, éd. Goes., p. 15, éd. Giraud); « interdicti *formula* litigatur. » Aggenus, *de controv. agr.* (p. 68, éd. Goes., p. 46, éd. Giraud) : « Si cum per interdictum ad jus *ordinarium* remiserit. » Fr. 1, § 2, D., *si ventris nomine* 25, 5; Fr. 1, § 41, D., *de vi* 43, 16; Fr. 3, § 11, D., *ubi possidetis* 43, 17; Fr. 15, § 7. Fr. 21, pr. D., *quod vi aut clam.* 43, 24; Fr. 22, § 1, D., *de precario* 43, 26; Fr. 3, § 3, D., *de liberis exhibend.* 43, 30 et Théophile, ad Pr. I., *de interdictis* 4, 15.

[69] Il est permis de tirer cette conclusion de ce que le *judicium* avait lieu devant des *recuperatores*. Voyez page 77, note 1. Voyez aussi ci-dessus la note 65.

[70] Gaius, IV, 141 (note 68). — Voyez aussi Théophile, ad Pr. I., *de interdictis* 4, 15.

[71] Cic., *pro Cæcina*, 8 in f.

[72] Gaius, IV, 163. « ... Quanti ea res est, condemnatur. » Pour les détails voyez les divers interdits dont il sera question dans le cours de l'ouvrage.

[73] C'est ce que Gaius appelle *cum pœna agere*. IV, 141. « ... Et modo cum pœna agitur, modo sine pœna : cum pœna velut cum per sponsionem agitur ; sine pœna, velut cum arbiter petitur. Et quidem ex prohibitoriis interdictis semper per sponsionem agi solet; ex restitutoriis vero vel exhibitoriis modo per sponsionem, modo per formulam agitur quæ arbitraria vocatur. »

[74] Gaius, *loco citato*.

ties n'en convenaient pas, l'affaire était jugée comme une action arbitraire, de sorte que le défendeur pouvait encore éviter la condamnation en exécutant ce que l'ordonnance lui prescrivait de faire [75]. — Si le défendeur n'avait pas formé opposition devant le préteur et que néanmoins il n'exécutât point l'ordonnance, le demandeur pouvait le poursuivre devant des récupérateurs. Cette poursuite se faisait toujours au moyen d'une *sponsio* à laquelle le défendeur devait répondre par *restipulatio* [76].

Les particularités de procédure qui distinguaient les interdits des autres actions [77] disparurent par suite de l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*, ou plutôt la forme plus expéditive des interdits fut autant que possible appliquée à tous les jugements; et plusieurs constitutions impériales affirment que dans le droit nouveau on procède partout à l'instar des interdits [78]. On aurait donc pu laisser tomber toute la distinction; cependant selon l'usage romain, on conserva le nom d'*interdits* aux actions qui avaient toujours été désignées par ce terme.

D'après les détails qui précèdent, et dont nous n'avons eu une connaissance certaine que par les institutes de Gaius, il est évident que, même dans l'ancien droit, les interdits ne différaient des autres actions que parce que la procédure en était plus expéditive et que le *judicium* était précédé d'une ordonnance du préteur. C'est donc à tort que la plupart des auteurs modernes ont soutenu qu'ils en auraient encore différé par les effets [79], particulièrement en ce

[75] Gaius, IV, 163. « Namque si arbitrum postulaverit is, cum quo agitur, accipit formulam, quæ appellatur arbitraria; nam judicis arbitrio, si quid restitui vel exhiberi debebit, sine pœna exhibet vel restituit, et ita absolvitur. Quod si nec restituat, neque exhibeat, quanti ea res est, condemnatur. »

[76] Gaius, IV, 165. « ... Si arbitrum non petierit (antequam ex jure exeat, id est, antequam a prætore discedat), sed tacitus de jure exierit, cum periculo res ad exitum perducitur. Nam actor provocat adversarium sponsione, si contra edictum prætoris non exhibuerit, aut non restituerit : ille autem adversus sponsionem adversarii restipulatur. Deinde actor quidem sponsionis formulam edit adversario ; ille huic invicem restipulationis... »

[77] Les autres détails de procédure qui avaient lieu dans certains interdits, et que Gaius expose IV, 144-170, trouveront leur place dans la suite de l'ouvrage.

[78] § 8, I., *de interdictis* 4. 15. « ... Perinde judicatur sine interdictis, atque si utilis actio ex causa interdicti reddita fuisset. » — L. 3, C., *de interdictis*. 8, 4. « ... Interdicta autem licet in extraordinariis judiciis proprie locum non habent, tamen *ad exemplum eorum res agitur*. » — L. 17, C., *de act. emti* 4, 49. — L. 2. L. C., *unde vi* 8, 4.

[79] A l'égard de cette controverse qui fut déjà agitée au seizième siècle

que la décision dans les interdits n'aurait été que *provisoire*. Pour se convaincre du contraire, il suffit de passer rapidement en revue la procédure que nous venons d'esquisser. L'ordonnance du préteur donnée, le défendeur doit exécuter ou bien se défendre devant le juge. Dans le premier cas, l'affaire est terminée; dans le second, on pourrait dire, à la vérité, que l'ordonnance n'a eu qu'un effet provisoire [80], mais on ne doit pas perdre de vue que l'affaire n'est pas encore terminée et que le jugement à intervenir est aussi décisif que tout autre jugement. Ce qui a souvent induit en erreur à l'égard de ce dernier point, c'est que la procédure par interdits était surtout employée en matière de possession. Si nous avons une chose en notre possession, personne n'a le droit de nous troubler dans cette possession, pas même celui à qui la chose appartient. S'il veut faire valoir son droit de propriété, il doit s'adresser à l'autorité judiciaire, car il ne lui est point permis de se faire justice à lui-même. Au cas où il essayerait de le faire, le préteur nous protége dans la possession que nous avons, au moyen d'un interdit qui aura pour effet de faire condamner celui qui nous a troublé d'une manière illégale. Or, si celui-ci était le véritable propriétaire de la chose, il peut se faire, qu'après avoir été condamné pour avoir lésé notre possession, il ait recours à l'action en revendication pour faire valoir sa propriété, et que nous soyons condamné à restituer la chose sur laquelle nous n'avons aucun droit. C'est ce qui a fait dire que le jugement dans les interdits n'avait qu'un effet provisoire, puisque, en dernière analyse, celui qui a obtenu gain de cause peut être définitivement condamné à restituer la même chose à l'égard de laquelle il avait triomphé dans l'interdit. Cependant il est évident que dans ce raisonnement on confond deux choses qui n'ont rien de commun. Il est vrai que dans l'interdit le possesseur a obtenu gain de cause, mais cet effet ne se rapporte qu'à la question de la possession, et cela est si vrai qu'il pourrait faire valoir l'autorité de la chose jugée toutes les fois que la même question de possession serait

et qui a reçu une plus grande célébrité de nos jours, nous renvoyons à M. de Savigny, *Traité de la possession*, § 34. —Voyez aussi Zimmern, *Traité des actions*, §§ 71 et suiv.

[80] C'est probablement par ce motif que des auteurs du sixième siècle de l'ère chrétienne font dériver le mot *interdictum* de *interim*. *Interpr. Visigoth. ad Pauli S. R.*, V, 6, 1. « Interdicta dicuntur quasi non perpetua sententia, sed ad tempus interim dicta. » Isidore, *Orig.* V, 25. « Interdictum est, quod... ad tempus interim dicit. »

discutée de nouveau. Mais il va sans dire qu'il ne le pourra point lorsqu'une question nouvelle donnera lieu à un procès nouveau ; et c'est précisément ce qui arrive dans le cas dont nous venons de parler : car on peut fort bien être possesseur d'une chose sans en avoir la propriété, de même qu'on peut être propriétaire d'une chose sans en avoir la possession. Ce n'est donc que par une confusion d'idées qu'on a pu présenter le jugement dans l'interdit comme provisoire à l'égard d'une autre question avec laquelle il n'a pas le moindre rapport [81].

Nos sources mentionnent plusieurs divisions des interdits, 1° *Interdicta prohibitoria, restitutoria, exhibitoria.* Les premiers sont ceux par lesquels le magistrat défend de faire quelque chose, et qui dans l'origine s'appelaient *interdicta* par excellence ; les *restitutoria* et *exhibitoria* tendent à obtenir la restitution ou l'exhibition d'une chose, et formaient anciennement la catégorie des *decreta* [82]. 2° *Interdicta simplicia* et *duplicia.* La signification de ces termes est la même que celle que nous avons donnée en parlant des *judicia simplicia* et *duplicia* [83]. 3° La division en *interdicta adipiscendæ, retinendæ et recuperandæ possessionis*, ne pourra être convenablement expliquée qu'au titre de la possession (§ 172) [84]. Enfin on mentionne encore d'autres divisions qui n'ont guère d'importance et n'exigent point d'explication [85].

Observation. Beaucoup d'erreurs sur les interdits doivent leur origine à ce que les commentateurs ont considéré comme inhérentes à la nature de ces actions des particularités qui se rencontrent dans les interdits possessoires et qui proviennent de la nature de la possession. De cette manière ils ont été amenés à trouver aux interdits un caractère tout à fait extraordinaire, tandis que l'expérience de la vie commune aurait dû leur apprendre, que des ordonnances de ce genre sont presque inévitables par suite des besoins pratiques auxquels toute législation doit répondre. Ainsi nous trouvons en droit français les *référés*, moyens de droit qui, sans avoir subi la moindre influence du droit romain, présentent une très-grande ressemblance avec les interdits. L'analogie qui

[81] Des explications plus détaillées seront données ci-après, quand nous traiterons *de la possession*, et aux titres *de la propriété* et *des servitudes*.

[82] Gaius, IV, 142. — § 1, I., *de interdictis* 4, 15. — Zimmern, § 73 a classé les interdits d'après cette division.

[83] Gaius, IV, 156. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15. — Voy. § 138, n° 3.

[84] Gaius, IV, 143. — § 2, I., *de interdictis* 4, 15.

[85] Voyez Fr. 1 pr. Fr. 2, § 1, D., *de interdictis* 43, 1.

existe entre ces deux institutions est si frappante que nous sommes tenté de croire qu'elles seraient entièrement identiques, si le droit français avait admis la distinction entre *jus* et *judicium*.

DE LA RESTITUTION EN ENTIER [86].

§ 156. *Notion et conditions requises.*

Nous avons eu, bien des fois, l'occasion de faire remarquer l'extrême rigueur du *jus civile,* dans lequel ordinairement la forme emportait le fond. En effet, un acte librement consenti par les parties pouvait souvent ne pas sortir ses effets; mais par contre souvent aussi un acte était civilement valable quoiqu'il consacrât une injustice flagrante. Plus l'influence du *jus gentium* augmenta, plus on sentit les inconvénients de cet état de choses : le préteur dut naturellement chercher à y porter remède. A cet effet, il accordait des exceptions, il créait même des actions nouvelles; mais il pouvait se présenter des cas dans lesquels ni l'un ni l'autre de ces moyens ne suffisaient, particulièrement lorsqu'un acte contraire à l'équité avait eu pour effet d'éteindre un droit. Alors le magistrat avait recours à un moyen plus hardi : il usait de son *imperium*, et annulait les conséquences fâcheuses qui auraient dû résulter de l'acte, en considérant celui-ci comme non avenu; il remettait les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant la passation de l'acte. Cela s'appelait restituer en entier, *in integrum restituere* [87]. Ce pouvoir du magistrat était une émanation de son

[86] Paul, *S. R.*, I, 7. — Tit. Th. C., *de integri restitutione* 2, 16. — Tit. D., *de in integrum restitutionibus* 4, 1. — En rappelant l'observation que nous avons faite ci-dessus § 135, note 17, nous faisons remarquer que les Romains disent ordinairement *in integrum restitutio*, *integri restitutio*, et que l'inversion : *restitutio in integrum* ne se rencontre que rarement.

[87] C'est du moins la signification originaire du mot *restituere*. Paul, *S. R.*, I, 7. « *Integri restitutio* est redintegrandæ rei vel causæ actio. » —Cependant on lui donne souvent un sens plus étendu en l'employant toutes les fois qu'il s'agit de réparer un dommage quelconque causé par un acte, quand même le remède qui sert à cet effet n'aurait pas pour effet de *rétablir* l'ancien état de choses, mais uniquement de faire obtenir des dommages et intérêts. Dans ce sens il faut compter parmi les *restitutiones* plusieurs actions et exceptions que nous préférons examiner dans la suite aux endroits convenables dans le liv. III, savoir l'*actio quod metus causa* et l'*exceptio metus*, l'*action* et l'*exception de dol*, les actions données contre l'aliénation faite en fraude des créanciers (*actio Pau-*

imperium et ne compétait point aux *judices*. Les magistrats municipaux mêmes n'avaient pas le droit de restituer. Par la suite et après l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*, on accorda le même privilége aux juges ordinaires [88], et on pouvait le faire avec d'autant plus de sûreté que l'édit et la jurisprudence avaient développé et fixé les règles de cette institution, autrefois abandonnée à l'arbitraire du magistrat suprême.

Pour que la restitution en entier puisse être demandée, on exige la réunion des quatre conditions suivantes : 1° Il faut que l'acte ou le rapport de droit contre lequel on veut être restitué, soit susceptible de restitution [89]. On ne peut point demander la restitution contre un délit qu'on a commis soi-même, ni contre un acte dans lequel on s'est rendu coupable de fraude [90]. La restitution n'est pas non plus admise contre la prescription de trente ou de quarante ans, ni contre les ventes faites par le fisc [91]. 2° Il faut que celui qui demande la restitution ait éprouvé une lésion par l'acte contre lequel il veut être restitué, ou qu'il soit au moins exposé à souffrir un dommage [92]. Si l'acte n'est point la cause effective de la perte dont le demandeur se plaint, il n'y a pas lieu à restitution [93]. 3° Il faut une juste cause de restitution.

liana) et contre l'*alienatio judicii mutandi causa facta*. Voyez Muhlenbruch, *Doctrina Pandectorum*, § 148, note 4, et Zimmern, *Traité des actions*, § 102. 103.

[88] Tit. C., *ubi et apud quem cognit. int. rest. agitanda sit.* 2, 47. — Fr. 26, § 1, D., *ad municipalem* 50, 1. « Magis imperii sunt, quam jurisdictionis. »

[89] Tit. C., *in quibus causis in integrum restitutio necessaria non est* 2, 41. Voyez aussi les Titt. C., 2, 27-40. — En général, comme la restitution est un moyen extrême, la loi exige que le dommage, contre lequel on demande à être restitué, ne soit pas trop minime. Fr. 9, pr. 46, § 4. Fr. 49, D., *de minoribus* 4, 4. — Fr. 9, in f. D., *de dolo malo* 4, 3. — Fr. 54, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Voyez aussi Fr. 4, D., *de in int. rest.* 4, 1.

[90] Fr. 9, § 2-5, D., *de minoribus* 4, 4. — Tit. C., *si adversus delictum* 2, 35.

[91] L. 3, C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39. « Non sexus fragilitate, non absentia, non militia contra hanc legem defendenda. » — L. 3, C., *si adv. fiscum* 2, 37 et L. 5, C., *de fide et jure hastæ fiscalis* 10, 3. — La restitution n'est pas admise contre l'affranchissement d'un esclave Tit. C., *si adv. libert.* 2, 31 ; ni contre la prescription de certaines actions. Fr. 2, § 1, D., *ne de statu defunctorum post quinquennium quæratur* 40, 15 ; Fr. 37, pr. D., *de minor.* 4, 4 ; Fr. 18, D., *ex quibus causis majores* 4, 6.

[92] Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.* 12, 2. — L. 5, pr. C., *de in int. rest. minor.* 2, 22.

[93] Particulièrement la restitution est refusée quand le dommage est la suite d'un cas fortuit. Fr. 11, § 4. 5, D., *de minoribus* 4, 4.

Autrefois l'appréciation de la cause était abandonnée aux lumières du magistrat; mais l'édit et la jurisprudence ont fini par établir des règles fixes que nous exposerons ci-après au § 158. 4° Enfin la restitution n'est accordée que pour autant qu'il n'y ait point d'autres moyens de réparer ou de prévenir le dommage dont il s'agit [94].

Si ces conditions se trouvent réunies, la restitution peut être demandée par la personne lésée, ainsi que par ses héritiers [95]. Elle peut encore l'être par celui qui s'est porté caution pour la personne lésée [96], à moins qu'il ne soit évident ou qu'il ne résulte des circonstances que la caution a été constituée précisément pour garantir la partie adverse contre la restitution [97]. — La restitution doit être demandée contre la personne qui est cause de la lésion ou contre les héritiers de cette personne, *in personam* [98]. Toutefois il est des cas dans lesquels elle est aussi accordée contre des tiers qui se trouvent actuellement en possession de la chose dont nous avons été privés par suite de l'acte contre lequel nous voulons être restitués [99]. Cela a lieu d'abord quand il n'y a pas d'autre moyen de nous restituer un droit réel, et exceptionnellement aussi dans quelques cas où il s'agit d'un droit d'obligation [100]. On dit alors

[94] Fr. 16, pr. § 1. 3, D., *de minoribus* 4, 4. — Voyez cependant § 158, notes 24, 25, 46.

[95] Fr. 1. 2. 6, D., *de in int. rest.* 4, 1. — Fr. 18, § 5, D., *de minoribus* 4, 4.

[96] Fr, 7, § 1, D., *de exceptionibus* 44, 1. « Rei autem cohærentes exceptiones etiam fidejussoribus competunt : ut rei judicatæ, doli mali, jurisjurandi, quod metus causa factum est... Idem dicitur et, si pro filio familias contra senatusconsultum quis fidejusserit, aut pro minore XXV annis circumscripto. Quod si deceptus sit in re, tunc nec ipse ante habet auxilium, quam restitutus fuerit, nec fidejussori danda est exceptio. » — Fr. 51, pr. D., *de procuratoribus* 3, 3. « Minor XXV annis, si defensor existat, ex quibus causis in integrum restitui possit, defensor idoneus non est : quia ipsi et fidejussoribus ejus per in integrum restitutionem succurritur. » — Fr. 4, § 4, D., *de minor.* 4, 4. « ... Sed an hoc auxilium (restitutionis) patri quoque prosit, ut solet interdum fidejussori ejus prodesse, videamus... »

[97] Fr. 13, pr. D., *de minor.* 4, 4. — L. 1. 2, C., *de fidejussoribus minor.* 2, 24.

[98] Fr. 9, pr. 14, D., *de minor.* 4, 4. — L. 10, C., *de rescind. vend.* 4, 44. — Voyez aussi Fr. 9, § 4, D., *quod metus causa* 4, 2.

[99] Paul, *S. R.*, I, 7, 4. — Fr. 13, § 1, D., *de minor.* 4, 4. « Interdum autem restitutio et *in rem* datur minori, id est, adversus rei ejus possessorem, licet cum eo non sit contractum... »

[100] Voyez les passages cités dans la note précédente et § 5, I., *de actionibus*

que la restitution est *in rem* ou *in rem scripta*. Enfin, on doit admettre que dans certains cas on peut la demander au magistrat, sans diriger sa requête contre une personne déterminée, par exemple quand un mineur veut être restitué contre la renonciation à une hérédité qui est encore vacante [1]. Remarquons encore que la restitution ne peut être demandée par les enfants contre leurs père et mère, ni par le client contre son patron [2].

§ 157. *Mode et effets de la restitution.*

On peut faire valoir le bénéfice de la restitution par voie d'action ou par voie d'exception [3]. Dans tous les cas, elle doit être demandée au magistrat, lequel ne l'accorde qu'après avoir examiné le cas (*causa cognita*) [4]. Or, comme la question de savoir si la restitution devait être accordée dépendait presque entièrement des faits qui avaient donné lieu à la lésion, la procédure se faisait *extra ordinem*, c'est-à-dire, le préteur examinait à la fois les points de droit et les points de fait [5]. Au reste, la procédure était plus ou moins compliquée selon la nature de l'affaire à décider. Souvent, en effet, quand il était évident que le cas réunissait toutes les conditions voulues, le préteur pouvait sur-le-champ donner son

4, 6. — Fr. 9, § 4, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 9, pr. Fr. 13-15, D., *de minor.* 4, 4. — L. 3, C., *quod metus causa* 2, 20. — L. 7, C., *de in int. restit. minor.* 2, 22.

[1] Arg. Fr. 3, § 7. Fr. 7, § 5. Fr. 24, § 2, D., *de min.* 4, 4. — Tit. C., *si minor ab hered. se abstin.* 2, 39. — Voyez Muhlenbruch, *Doctrina Pandect.* § 160, note 1.

[2] L. 2, C., *qui et adversus quos in int. rest.* 2, 24. — Voyez cependant *Nov.* 155.

[3] Fr. 9, § 3, D., *quod metus causa* 4, 2.—Fr. 9, § 4, D., *de jurejurando* 12, 2.

[4] Paul, *S. R.*, I, 7, 3. « Integri restitutio plus quam semel non est decernenda : ideoque *causa cognita* decernitur. » — Fr. 3, D., *de in int. rest.* 4, 1. « Omnes in integrum restitutiones *causa cognita* a prætore promittuntur, scilicet ut justitiam earum causarum examinet, an veræ sint, quarum nomine singulis subvenit.

[5] Fr. 3, D., *de in int. rest.* 4, 1. (Voyez la note précéd.). — Fr. 13, pr. D., *de minor.* 4, 4. — Exceptionnellement cependant le magistrat pouvait aussi charger un judex de l'examen des faits. Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.* 12, 2. « ... *Plerumque ipsum* prætorem debere cognoscere, an captus sit, et sic in integrum restituere. » Dans ce cas la restitution était *conditionnelle* comme la condamnation dans les actions ordinaires. Voyez ci-dessus § 147, note 49 et Arg. Fr. 33, D., *de re judicata* 42, 1.

décret qui contenait la restitution et en même temps les conséquences qui devaient en résulter [6]. Cela avait lieu non-seulement quand le but de la restitution était uniquement d'éviter une perte [7], ou d'annuler un acte; mais encore souvent quand il s'agissait de rétablir un rapport légal qui avait existé avant l'acte contre lequel on demandait à être restitué. Cependant, dans ce dernier cas, la procédure pouvait devenir plus compliquée, particulièrement quand on voulait obtenir la restitution d'une action qu'on avait perdue. Parfois en effet, le préteur se bornait à déclarer que le droit d'où cette action résultait était rétabli; et celui en faveur duquel cette restitution était faite devait encore poursuivre son droit au moyen de l'action restituée, laquelle, par ce motif, était alors appelée *judicium restitutorium*, *actio rescissoria* [8]. A cette action, les modernes opposent ordinairement sous le nom de * *judicium rescindens* * [9] le décret du magistrat qui la précède et qui en forme pour ainsi dire la base. On conçoit qu'après l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum* le *judicium rescindens* et le *judicium rescissorium* étaient ordinairement réunis dans la même procédure; toutefois

[6] Dans ce cas les commentateurs distinguent encore si la restitution se fait *brevi manu*, c'est-à-dire sans que l'adversaire ait été entendu, ou *cognitione prætoria*, c'est-à-dire après un débat contradictoire. Cette distinction n'a aucune importance pour nous.

[7] Par exemple quand on demande à être relevé d'une déchéance résultant de l'omission d'une formalité de procédure. Dans ce cas, en effet, il suffit de la déclaration du magistrat.

[8] Cette *actio rescissoria* était une *fictitia* ou *utilis actio*. Gaius, IV, 38.— § 5, I., *de actionibus* 4, 6, et Théophile, ad h. l. — Fr. 2, § 1, D., *de cap. min.* 4, 5. — En général il dépendait sans doute du magistrat de terminer tout par lui-même ou bien de choisir la procédure plus compliquée qui exigeait le *judicium restitutorium*. Il paraît cependant que dans certains cas cette dernière était exclusivement en usage. Gaius, III, 84. IV, 38. — Fr. 2, § 1, D., *de capite min.* 4, 5.

[9] Plusieurs auteurs se sont élevés avec raison contre ce terme qui semble indiquer que dans la restitution il y aurait eu deux *judicia*. Vinnius, ad § 5, I., *de act.* et *selectæ quæst.* I, 10, fait observer que cette dénomination trahit de la part de celui qui l'a inventée une grande ignorance de la procédure romaine. Le raisonnement de Vinnius est fondé; mais il va trop loin quand il soutient qu'il ne fut jamais besoin de *judicium restitutorium*. Pour s'en convaincre il suffit de lire les passages où il est dit, que le préteur *dat* ou *restituit judicium* ou *actionem rescissa usucapione* (*capitis deminutione*). Gaius, III, 84. IV, 38. — § 5, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 46, § 3, D., *de procurat.* 3, 3. — Fr. 9, § 3. 4. 7, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 13, § 1, D., *de minor.* 4, 4. — Fr. 26, § 7. 8, D., *ex quibus causis majores* 4, 6. — L. 5, C., *eod.* 2, 54.

il peut encore se présenter des cas qui donnent lieu à deux décisions, l'une, pour ainsi dire préjudicielle, pour rescinder l'acte, l'autre pour en anéantir les effets. — Le délai pendant lequel on pouvait demander la restitution en entier était dans la plupart des cas d'une année utile, que Justinien remplaça par quatre années continues [10]. Il commence à courir, non pas à partir de l'acte contre lequel on veut être restitué, mais à partir du moment où la *justa causa* a cessé [11].

Dès que la restitution est demandée, tout reste dans le *statu quo;* il doit même être sursis à l'exécution d'un jugement définitif, contre lequel elle est implorée [12].—L'effet de la restitution obtenue est en général de mettre les choses en l'état où elles s'étaient trouvées avant l'acte contre lequel la restitution a été obtenue [13]. Le restitué peut donc demander tout ce qu'il a perdu par suite de cet acte; particulièrement quand il obtient restitution d'une chose, il peut aussi en demander les fruits et les accessions [14]. Mais par contre il doit rendre tout ce qu'il a gagné de son côté par suite de l'acte [15]. S'il n'est pas nécessaire d'annuler l'acte dans son entier, le juge se bornera à en réduire les conséquences à ce qui lui paraît équitable [16].—Il va sans dire que ces effets n'ont lieu qu'à l'égard des personnes contre lesquelles la restitution a été obtenue. Les cas qu'on cite parfois comme exceptions ne méritent réellement pas cette qualification. Ainsi la caution profite de la restitution obtenue par le débiteur principal; mais cela résulte nécessairement de la nature du cautionnement qui est un acte essentiellement accessoire et s'éteint naturellement par l'extinction de la dette principale. C'est également par suite d'une nécessité de fait que la

[10] L. ult. C., *de tempor. in int. rest.* 2, 53. — Voyez aussi L. 2, Th. C., *de integri restit.* 2, 16 et ci-dessus, § 125, note 70.

[11] L. ult. C., citée. — L. 5, pr. C., *eod.*

[12] L. un. C., *in int. restit. postul. ne quid novi fiat.* 2, 50.

[13] Fr. 9, §§ 2. 4. 7. Fr. 21, §§ 5. 6, D., *quod metus causa* 4, 2. — Fr. 7, §§ 10. 11. 12. Fr. 8., D., *de minor.* 4, 4. — Fr. 23, § 2, D., *ex quibus causis majores* 4, 6.

[14] Fr. 28, § 6, D., *ex quib. causis maj.* 4, 6.

[15] Fr. 24, § 4. Fr. 27, § 1. Fr. 49, § 1. Fr. 40, § 1. Fr. 50, D., *de minor.* 4, 4.— L. un. C., *de reputationibus* 2, 48.—Cependant le mineur ne doit jamais restituer au delà de ce dont il se trouve enrichi par suite de l'acte contre lequel il demande à être restitué. Fr. 7, § 5, D., *de minor.* 4, 4.

[16] Fr. 24, § 1, D., *de minor.* 4, 4. « Non semper autem ea, quæ cum minoribus geruntur, rescindenda sunt, sed ad bonum et æquum redigenda sunt... »

loi veut que la restitution obtenue par le copropriétaire d'une chose indivisible profite aux autres copropriétaires [17].

§ 158. *Des causes de restitution* [18].

La plupart des restitutions en entier doivent leur origine à l'édit du préteur; toutefois les dispositions originaires de l'édit furent souvent développées et étendues par la jurisprudence ainsi que par des sénatusconsultes et des rescrits; enfin des constitutions impériales créèrent même quelques cas nouveaux.

Nous allons d'abord énumérer sommairement les *justæ causæ* de restitution contenues dans l'édit [19]; puis nous indiquerons celles qui ont été créées par le pouvoir législatif des empereurs.

1. *Minorité* [20]. Nous avons vu ci-dessus, § 98, que déjà la loi *Plætoria* donnait aux mineurs le moyen de se mettre à l'abri de tout préjudice qui résulte de manœuvres frauduleuses exercées à leur égard. Un édit prétorien qui date probablement des derniers temps de la république [21] leur assura une protection plus absolue encore, en statuant que la validité de tout acte, dans lequel l'intérêt d'un mineur se trouve engagé, dépendrait de l'arbitraire

[17] Fr. 10, pr. D., *quemadm. servit. amittuntur* 8, 6. « Si communem fundum ego et pupillus haberemus, licet uterque non uteretur; tamen propter pupillum et ego viam retineo. » — On comprend facilement le motif qui a dicté la disposition suivante : Fr. 47, § 1, D., *de minor.* 4, 4. « Curator adolescentium prædia communia sibi et his, quorum curam administrabat, vendidit : quæro, si decreto prætoris adolescentes in integrum restituti fuerint, an eatenus venditio rescindenda sit, quatenus adolescentium pro parte fundus communis fuit? Respondi, eatenus rescindi, nisi si emtor a toto contractu velit discedi, quod partem emturus non esset... » Cf. Fr. 13, pr. D., *de in diem addictione* 18, 2.

[18] Voyez ci-dessus § 156, n° 3.

[19] PAUL, *S. R.*, I, 7, 2. — Fr. 1. 2, D., *de in int. restit.* 4, 1. « ... Nam sub hoc titulo plurifariam prætor hominibus vel lapsis vel circumscriptis subvenit, sive *metu*, sive *calliditate*, sive *ætate*, sive *absentia* inciderunt in captionem... sive per *status mutationem*, aut *justum errorem*. — Item, si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam... » Fr. 1, in f. D., *ex quibus causis majores.* 4, 6.

[20] Tit. D., *de minoribus XXV annis* 4, 4. — Tit. C., *de in integrum restitutione minorum XXV annis* 2, 22. — Voyez aussi Titt. C., 2, 23-46.

[21] Il paraît être antérieur à l'empire puisque Labéon et Ofilius sont cités à propos de la restitution des mineurs. Fr. 16, § 1, D., *hoc titulo.*

du préteur qui aurait à l'apprécier d'après les circonstances [22]. Tout était donc d'abord abandonné au sentiment individuel du préteur; mais il se forma bientôt des règles plus ou moins précises, dont voici le résumé succinct : *a*) Le mineur obtient restitution même dans les cas où le préjudice qu'il veut éviter n'est pas une conséquence directe de l'acte, et n'a été causé que par un fait postérieur, fût-il même la suite de sa légèreté ou de son inexpérience. Toutefois il n'y aura pas lieu de la lui accorder, quand le dommage est uniquement le résultat d'un cas fortuit [23]. *b*) Contrairement à la règle que la restitution ne doit être accordée qu'à défaut de tout autre moyen, le mineur l'obtient, du moins dans le droit nouveau, lors même qu'il pourrait réparer d'une autre manière le dommage dont il se plaint. Particulièrement le mineur *sui juris* [24] peut être restitué contre les actes de son tuteur ou curateur, quoiqu'il ait une action personnelle contre ce dernier [25]. *c*) Quel que soit l'avantage que le mineur ait tiré de l'acte contre lequel il demande à être restitué, il ne doit jamais rendre que ce dont il se trouve enrichi au moment de la demande [26]. *d*) Toutefois, comme une trop grande facilité dans l'usage de ce bénéfice pourrait finir par devenir nuisible au crédit même des mineurs, la loi veut que le juge ne l'accorde que pour autant que la lésion soit évidente ou que l'imprudence du mineur soit par trop flagrante [27]. *e*) Quand un mineur demande la restitution contre un autre mineur, elle n'est accordée que pour autant que ce dernier se trouve encore enrichi au moment de l'action [28]. — Le délai de restitution, qui est de quatre ans, sauf un cas particulier dans lequel on accorde sept ans [29], commence à partir du moment où le mineur a accompli

[22] Fr. 1, § 1, D., *h. t.* « Prætor edicit : QUOD CUM MINORE QUAM XXV ANNIS NATU GESTUM ESSE DICETUR, UTI QUÆQUE RES ERIT, ANIMADVERTAM.

[23] Fr. 3, § 8. Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 1. Fr. 44, D., *h. t.*

[24] Le mineur sous puissance (*filius familias*) peut également être restitué contre des actes préjudiciables, pourvu que le père ne gagne point indirectement par la restitution. Fr. 3, § 4, D., *h. t.*

[25] L. 3, § ult. C., *h. t.*— Pour l'ancien droit Fr. 16, pr. § 2. Fr. 39, § 1, D., *eod.* — Des exceptions se trouvent L. 13, § ult. C., *de judic.* 3, 1; L., 25, C. *de admin. tutor.* 5, 37.

[26] Fr. 7, § 5. Fr. 27, § 1, D., *h. t.*

[27] Fr. 7, § 8. Fr. 11, § 3. Fr. 24, § 1, D., *h. t.* — Fr. 9, § 4, D., *de jurejur.* 12, 2.

[28] Fr. 11, § 6. Fr. 34, D., *h. t.*

[29] L. ult. C., *de repud. vel abstin. hered.* 6, 31.

sa vingt-cinquième année [30]. — Le mineur ne peut pas invoquer le bénéfice de la restitution, 1° quand il s'est fait passer frauduleusement pour majeur au moment de l'acte [31]; 2° quand, étant pubère, il s'est engagé par serment [32]; 3° quand il a approuvé ou ratifié l'acte après avoir atteint l'âge de la majorité [33]; 4° enfin les actes passés par un mineur qui a obtenu la *venia ætatis* ne sont pas susceptibles de restitution [34]. Remarquons encore que le mineur n'a pas besoin de restitution contre la prescription; car les prescriptions à bref délai ne courent point contre lui, et la *præscriptio longissimi temporis* lui laisse assez de temps pour veiller à ses intérêts après avoir atteint l'âge de la majorité [35].

Le bénéfice des mineurs a été étendu par les empereurs aux villes et communes [36]. Ici se présente la question de savoir à partir de quel moment le délai de la restitution commence à courir. Comme il n'y a pas de moment où la *justa causa*, c'est-à-dire la qualité de ville vient à cesser, il faut admettre que la prescription commence au moment de la lésion [37].

2. *Violence* [38]. L'édit protégeait, d'une manière très-efficace, celui qui avait consenti un acte par suite d'une violence exercée contre lui, *vis ac metus* [39]. Tant qu'il n'avait pas exécuté l'acte, il pouvait refuser de le faire, au moyen d'une exception, *quod metus causa gestum esset*. Si cette exception ne pouvait plus être utile, parce que l'acte était déjà exécuté, ou par toute autre

[30] L. 5, § 1, C., *h. t.* — L. 7, C., *de temporibus in int. rest.* 2, 53.

[31] L. 2. 3, C., *si minor majorem se dixerit.* 2, 43. — L. 7, C., *h. t.*

[32] L. 1, C., *si adv. venditionem* 2, 28.

[33] Paul, *S. R.*, I, 9, 3. — Fr. 3, § 1, D., *h. t.* — Tit. C., *si major factus ratum habuerit.* 2, 46.

[34] L. 1, C., *de his qui veniam ætatis* 2, 45.

[35] L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est.* 2, 41.

[36] L. 3, C., *de jure reipublicæ* 11, 29. — L. 1, C., *de officio ejus qui vicem alicujus judicis vel præsidis obtinet* 1, 50. — L. 4, C., *quibus ex causis majores* 2, 54.

[37] C'est aussi la décision du droit canon. C., 1, in VI, *de in int. rest.* 1, 21. — Clem. un. *de in int. rest.* 1, 11.

[38] Tit. D., *quod metus causa gestum erit.* 4, 2. — Tit. C., *de his quæ vi metusve causa gesta sunt.* 2, 20.

[39] Fr. 1, D., *h. t.* « Ait prætor : Quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Olim ita edicebatur : Quod vi metusve causa... Sed postea detracta est *vis* mentio, ideo quia quodcunque vi atroci fit, id *metu* quoque fieri videatur. » — Des dispositions de ce genre se trouvaient déjà dans l'édit du préteur Octavius qui mourut du temps de Cicéron. Cic., *in Verrem* III, 65.

cause, il avait une action en restitution de la chose extorquée, *actio quod metus causa* [40]. Cette action, qui était arbitraire, tendait à obtenir la quadruple valeur de la chose et avait ceci de particulier, qu'elle pouvait être dirigée contre quiconque se trouvait en possession de la chose, *in rem scripta* [41]. En outre, l'édit accordait au besoin la restitution en entier [42]; mais on comprend aisément qu'en présence des deux moyens dont nous venons de parler, il y avait rarement lieu d'employer ce dernier remède. Toutefois il pouvait se présenter des cas où il devenait utile et même nécessaire; par exemple, quand le débiteur contre lequel on aurait pu intenter l'*actio quod metus causa* était tombé en faillite. Dans ce cas, la restitution faisait obtenir la somme extorquée en entier, tandis que sans restitution on aurait dû partager au marc le franc avec les autres créanciers.

3. *Dol et fraude. Dolus malus* [43]. Comme garantie contre l'exécution d'un acte qui a été surpris par des manœuvres frauduleuses, l'édit nous accorde l'*exceptio doli.* En cas de besoin on peut également se servir de l'*actio de dolo,* action arbitraire qui diffère de l'*actio quod metus causa* en ce qu'elle ne peut être intentée que contre celui qui s'est rendu coupable du dol, et qu'elle tend tout simplement à obtenir réparation complète de tout dommage [44]. Elle a ceci de particulier qu'elle entraîne la peine de l'infamie pour le défendeur qui se laisse condamner [45]. C'est pour éviter cette conséquence que, d'après un passage du Digeste, la restitution doit être préférée à l'action *de dolo* [46].

[40] Fr. 9, § 3, D., *h. t.* 4, 2.

[41] Fr. 9, § 8. Fr. 14, § 1-3. 5-7, D., *h. t.* — Il ne faut pas perdre de vue que l'action était arbitraire, c'est-à-dire, que le défendeur pouvait toujours éviter la condamnation au quadruple, en restituant la chose extorquée. Voyez au reste ci-après livre III.

[42] Fr. 6, § 4. Fr. 21, § 5. 6, D., *h. t.* — L. 3, C., *h. t.*

[43] Tit. D., *de dolo malo* 4, 3. — Tit. Th. C., *eod.* 2, 15. — Tit. J. C., *eod.* 2, 21.

[44] L'action de dol fut créée par le préteur C. Aquilius Gallus, contemporain de Cicéron. Voy. ci-dessus p. 98, note 80, et Cic., *de nat. deor.* III, 30; *de offic.* III. 14. 15.

[45] Fr. 1, pr. D., *de his qui not. inf.* 3, 2. — Fr. 1. § 4, D., *h. t.*

[46] Fr. 7, § 1, D., *de in int. rest.* 4, 1. « ... Etenim deceptis sine culpa sua, maxime si fraus ab adversario intervenerit, succurri oportebit : cum etiam de dolo malo actio competere soleat. Et boni prætoris est potius restituere litem, ut et ratio et æquitas postulabit, quam actionem famosam constituere : ad quam tunc demum descendendum est, cum remedio locus esse non potest. »

4. *Erreur*. Dans un passage de Paul, l'erreur excusable, *justus error*, est indiquée comme une cause de restitution [47]. Cependant nous ne connaissons aucun texte de l'édit qui énonce ce principe d'une manière générale, et nos sources ne nous font connaître que quelques cas spéciaux dans lesquels il est appliqué. Ainsi le préteur accorde la restitution à celui qui a contracté avec un pupille assisté d'un *falsus tutor*, c'est-à-dire d'une personne qui se donne pour tuteur du pupille sans l'être réellement [48]. De même les créanciers d'une succession qui ont demandé la séparation de la succession d'avec le patrimoine de l'héritier, peuvent, pour cause d'erreur excusable, demander à être restitués contre la séparation [49]. D'autres applications se rapportent à la procédure [50].

5. *Minima capitis deminutio du débiteur* [51]. La *capitis deminutio* avait pour effet d'anéantir tous les rapports de droit résultant du *jus civile*, dans lesquels pouvait se trouver celui qui subissait la diminution. Il en résultait, entre autres, que les créanciers perdaient les créances qu'ils avaient à sa charge. Pour éviter cet inconvénient, le préteur les restituait contre les conséquences de la *minima capitis deminutio* [52]; c'est-à-dire, il considérait l'adoption, l'arrogation, l'émancipation ou la légitimation du débiteur comme non avenues, et rendait aux créanciers les actions qu'ils avaient eues auparavant [53]. — Dans le droit nouveau la *capitis deminutio minima* ne produit plus les effets que nous avons indiqués; il aurait donc été rationnel d'abolir cette cause de restitution.

—Ce passage est quelque peu embarrassant; car si l'on avait toujours agi de la sorte, il est évident que l'*actio de dolo* serait devenue presque impossible. Et cependant il en est fréquemment question dans nos sources.

[47] Fr. 2, pr. D., *de in int. rest.* 4, 1.

[48] Fr. 1, § 1. 6, D., *quod falso tutore auctore gestum esse dicatur* 27, 6.

[49] Fr. 1, § 17, D., *de separationibus* 42, 6. « ... Si tamen temere separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, *justissima scilicet ignorantiæ causa allegata.* »

[50] § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 11, § 10, D., *de interrogat. in jure* 11, 1. — Fr. 15, § 5, D., *quod vi aut clam.* 43, 24. — Voyez aussi ci-après § 159.

[51] Tit. D., *de capite minutis* 4, 5, note 81.

[52] Il n'y avait pas de restitution contre la *maxima* et la *media c. d.*; mais, le préteur donnait une action contre les personnes qui avaient succédé dans les biens de celui qui avait perdu la liberté ou la cité. « Dabitur plane actio in eos ad quos bona pervenerunt eorum. » Fr. 2, pr. Fr. 7, § 1, D., *h. t.*

[53] Gaius, IV, 38. — Fr. 2, pr. § 1. Fr. 7-9, D., *h. t.*

6. *Absence et autres causes analogues* [54]. L'origine de cette cause de restitution se trouve dans l'édit du préteur Publicius [55], qui promettait la restitution de la revendication à celui dont la chose aurait été usucapée par un autre [56] contre lequel il n'avait pas été possible d'intenter une action par le motif qu'il était prisonnier de guerre ou absent pour affaires publiques [57]. Le principe qui forme la base de cette restitution fut étendu par l'édit et la jurisprudence, et il figure dans le droit nouveau comme la cause la plus étendue de la restitution en entier. En effet, la restitution est accordée non-seulement contre celui qui n'a pu être poursuivi en justice à cause de son absence, mais encore et particulièrement à celui qui éprouve une perte quelconque par suite de sa propre absence [58]. Le terme absence est pris dans un sens extrêmement étendu et comprend à peu près tous les cas dans lesquels nous avons été empêché d'exercer nos droits par une cause quelconque qui ne peut nous être imputée [59]. Et pour laisser toute latitude à cette extension, le préteur a eu soin d'ajouter à la désignation spéciale de l'absence les mots : *Et si qua alia mihi justa causa esse videbitur* [60]. La même tendance d'étendre le bénéfice se montre à l'égard

[54] Tit. D., *ex quibus causis majores XXV annis in integrum restituuntur* 4, 6. — Titt. C. 2, 51. 52. 54.

[55] Cette restitution est déjà mentionnée dans Térence, *Phormio*, II, 4, 9 sqq.

[56] § 5, I., *de actionibus* 4, 6. « ... Si quis, cum reipublicæ causa abesset, vel in hostium potestate esset, rem ejus, qui in civitate esset, usu ceperit, permittitur domino, si possessor reipublicæ causa abesse desierit, tunc intra annum *rescissa usucapione* eam petere, id est, ita petere, ut dicat, possessorem usu non cepisse, et ob id suam esse. » — Fr. 1, § 1. Fr. 21, pr. — Fr. 26, § 8, D., *h. t.* — L'action en rescision résultant de cet édit est donc basée sur la fiction que l'usucapion de l'absent n'a pas été accomplie, quoiqu'elle l'ait été réellement. C'est une *utilis vindicatio*. Il faut se garder de confondre cette action qui est appelée *Publiciana actio* (Fr. 57, pr. D., *mandati* 17, 1 ; Fr. 35, pr. in f. D., *de dol. et act.* 44, 7), avec une autre *Publiciana actio* qui est fondée sur une fiction diamétralement opposée. Tit. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. Voyez ci-dessus page 90, et ci-après livre II, titre I, vers la fin.

[57] Comment un prisonnier de guerre, qui par la captivité perd toute capacité civile, peut-il usucaper? Il ne le peut point par lui-même, mais bien au moyen de personnes soumises à sa puissance. Fr. 23, § 2, D., *h. t.* — Fr. 15, pr. Fr. 44, § 7, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 29, D., *de captivis et postlim.* 49, 15.

[58] Fr. 17, § 1. Fr. 21-23. 27. 41. 43. D., *h. t.*

[59] Fr. 16, D., *h. t.* « Non enim negligentibus subvenitur, sed necessitate rerum impeditis... »

[60] « Item si qua alia mihi justa causa esse videbitur, in integrum restituam.

de l'objet de la restitution. Car, tandis que dans le principe elle n'était donnée que lorsque l'absence avait causé une perte réelle, la jurisprudence l'appliqua par la suite aux cas où l'absence nous avait tout simplement empêché de faire un gain que nous aurions pu faire si nous avions été présent [61].

Toutes les restitutions qui précèdent dérivent du droit prétorien; il nous reste à mentionner celles qui doivent leur origine aux constitutions impériales.

7. Un rescrit d'Adrien accorde restitution contre un jugement définitif fondé sur de faux témoignages [62].

8. Si un jugement acquitte le défendeur par suite d'un serment déféré par le juge, le demandeur peut demander la restitution, pourvu qu'il déclare vouloir se servir de titres nouveaux découverts depuis le jugement [63].

Appendice.

DE LA PEINE DES PLAIDEURS TÉMÉRAIRES [64].

§ 159.

Pour terminer notre exposé de la théorie des actions, nous dirons quelques mots des mesures que la législature romaine a prises afin de prévenir les chicanes et de diminuer autant que possible le nombre des procès. Telles étaient, par exemple, l'ancienne péremption dont nous avons parlé ci-dessus, p. 332, et la prescription. La défense de l'aliénation des choses litigieuses tendait également au même but. Dans l'ancien droit il y avait en outre un moyen sévère, le *sacramentum*, dont le montant était perdu pour la partie

QUOD EJUS PER LEGES, PLEBISCITA, SENATUSCONSULTA, EDICTA, DECRETA PRINCIPUM LICEBIT. » Fr. 1, § 1, D., *h. t.* — Fr. 26, § 9, D., *eod.*

[61] Fr. 17, § 1. Fr. 27. 41. 43, D., *h. t.;* toutefois avec la restriction que la restitution n'ait pas pour effet de nous enrichir aux dépens d'un autre « non, cum et lucri faciendi, ex alterius pœna vel damno, auxilium sibi impertiri desiderant. » Fr. 18, D., *eod.*

[62] *Restitutio ex* Fr. 33, D., *de re judicata* 42, 1.

[63] *Restitutio ex* Fr. 31, D., *de jurejurando* 12, 2. — Voyez aussi Fr. 35, D., *de re judic.* 42, 1. — L. 4, C., *eod.* 7, 52.

[64] Nous avons conservé l'inscription des Institutes : Tit. I., *de pœna temere litigantium* 4, 16; quoique l'idée qu'elle exprime soit évidemment trop étroite. Car Justinien y traite non-seulement de *peines*, mais aussi de moyens purement *préventifs*.

qui succombait dans le procès [65]. Par suite de l'abolition des *legis actiones*, cette peine disparut, mais elle fut remplacée par divers autres moyens, tant pécuniaires que moraux.

Parmi les derniers, nous remarquons le serment que l'on exigeait des plaideurs, et l'infamie dont la loi menaçait le défendeur dans certains cas. — Il est probable que dans le principe le *serment* qui devait servir de garantie de la bonne foi des parties [66], *jusjurandum calumniæ*, n'était d'usage que dans les cas où il n'y avait pas lieu à des peines pécuniaires [67]. Nous le trouvons déjà du temps de la république [68]. Justinien le rendit obligatoire dans tous les procès, tant pour les parties que pour leurs avocats [69].—L'*infamie* résultait de la condamnation dans certaines actions qu'on appelait par ce motif *judicia turpia, actiones famosæ* [70]. Le défendeur pouvait éviter cette peine en satisfaisant le demandeur avant la condamnation [71]. Toutefois, quand il s'agissait d'un délit proprement dit ou de dol, la transaction extrajudiciaire ne le mettait pas à l'abri de l'infamie [72].

Parmi les peines pécuniaires, nous avons à mentionner, 1° la *sponsio*, promesse d'une somme d'argent que dans certaines actions le demandeur pouvait exiger de la part du défendeur, et que ce dernier était alors obligé de réaliser en dehors de l'objet de la

[65] Voyez ci-dessus § 129, n° 1. — Il n'est pas invraisemblable que ce *sacramentum* fut l'origine du *serment calumniæ causa*.

[66] « Bona instantia se uti, non calumniæ causa se infitias ire. » Gaius, IV, 172; § 1, I., *h. t.* 4, 16.

[67] Gaius, IV, 172. 173.

[68] *Lex servilia repetundarum* c. 8. — Cic., *pro Roscio com.* 1 in f.; *pro Sulla* 31. — Ascon. *ad Cic. pro Corn.* — Voyez Schrader, ad Pr. I., *h. t.*

[69] Pr. I., *h. t.* — L. 1. 2, C., *de jurejurando propter calumniam dando* 2, 59.

[70] Cicéron cite comme *judicia turpia* les actions de tutelle, de société, de mandat, de fiducie (*pro Cæcina* 3; *pro Rosc. Am.* 38 sqq; *pro Rosc. com.* 6). — L'édit du préteur mentionne comme infamantes l'*actio pro socio*, l'*actio tutelæ directa*, les actions de mandat et de dépôt, et les actions de vol, de rapine, d'injure et de dol. Zimmern, *Traité*, § 179, n° 3. — Voy. ci-dessus § 104.

[71] Rappeler la controverse des Sabiniens et des Proculéiens sur la question de savoir, si l'exécution volontaire faite après la *litis contestatio* libère de la condamnation. Voy. ci-dessus § 139, note 92.

[72] « Sed furti quidem, aut vi bonorum raptorum, aut injuriarum, aut de dolo, non solum *damnati* notantur ignominia, sed etiam *pacti*, et recte : plurimum enim interest, utrum ex delicto aliquis, an ex contractu debitor sit. » § 2, I., *h. t.* — Fr. 6, § 3. 4, D., *de his qui notantur* 3, 2. — L. 18, C., *ex quib. caus. inf.* 2, 12.

demande, s'il succombait dans le procès. De son côté, le défendeur pouvait exiger la même promesse de la part de son adversaire, *restipulatio* [73]. 2° Quand le demandeur avait intenté l'action par pure chicane, le défendeur pouvait le poursuivre, soit pendant, soit après le procès, au moyen du *judicium calumniæ*. S'il réussissait à établir la mauvaise foi, *calumnia*, l'adversaire était condamné au dixième de la valeur de l'objet du procès originaire, et dans les interdits même au quart de cette valeur [74]. Dans certains cas, une action analogue et tendante au dixième ou au cinquième, était accordée contre le demandeur pour cela seul qu'il avait succombé dans le procès, sans qu'il fût besoin de prouver sa chicane. Cette action s'appelait *judicium contrarium* [75]. Ces deux moyens finirent par tomber en désuétude à mesure que le *jusjurandum calumniæ* devint plus usité. Justinien les abolit [76]. 3° Une peine spéciale était la *condamnation au double* qui menaçait le défendeur dans certaines actions pour le cas où il niait la dette dont le demandeur poursuivait le payement contre lui. *Lis inficiando crescit in duplum*. La loi des Douze Tables infligeait cette peine à celui qui niait une obligation contractée au moyen du *nexum* [77]. Elle fut, par la suite, étendue à quelques autres actions [78]. Dans le droit nouveau elle n'a plus lieu que dans l'action résultant d'un fait dommageable (*actio legis Aquiliæ*), dans l'action en restitution d'un dépôt forcé par accident, et dans l'action en délivrance d'un legs fait aux *piæ causæ* [79]. 4° Enfin il nous reste à parler des peines de la *plus petitio* ou *pluris petitio* [80]. Si le demandeur avait demandé plus qu'il ne

[73] GAIUS, IV, 171. « ... Ex quibusdam causis *sponsionem* facere permittitur, velut de *pecunia certa credita* et *pecunia constituta :* sed certæ quidem creditæ pecuniæ tertiæ partis, constitutæ vero pecuniæ, partis dimidiæ. (CIC., *pro Rosc. com.* 4, 5). — La *sponsio* avait aussi lieu dans les *interdits*. Voyez ci-dessus § 155, et Gaius IV, 141. 162 sqq.

[74] GAIUS, IV, 175. 176. 178. — *Consult. veteris jcti.*, c. 6. — § 1, I., *h. t.*

[75] GAIUS, IV, 177-179. — Le défendeur avait le choix entre les trois moyens dont nous venons de parler, la *restipulatio*, le *judicium calumniæ* et le *judicium contrarium*.

[76] § 1, I., *h. t.*

[77] CICÉRON, *de off.* III, 16. — FESTUS, v. *Nuncupata*. — Voy. aussi PAUL, *S. R.*, II, 17, 4. et ci-dessus p. 262, note 15.

[78] Savoir pour l'*actio judicati*, l'*actio depensi*, l'*actio legis Aquiliæ*, et l'action en délivrance d'une *res certa per damnationem legata*. GAIUS, IV, 9, 171.

[79] § 26, I., *de actionibus* 4, 6. — § 17, I., *eod.;* Fr. 1, § 1, *depositi* 16, 3.

[80] GAIUS, IV, 53-60. — PAUL, *S. R.*, I, 10. — § 33-35, I., *de actionibus* 4, 6. — Tit. C., *de plus petitionibus* 3, 10.

lui était dû, il perdait son procès en entier, et le préteur accordait difficilement la restitution en entier contre la perte qui en résultait. Cette peine était une conséquence naturelle de la procédure *per formulas*. En effet, ce qui était demandé par l'*intentio* [81], était par là *in judicium deductum*. Or, l'instruction que le préteur donnait au juge ordonnait : *Si paret, condemna; si non paret, absolve.* S'il était donc établi par les débats *in judicio* que le défendeur ne devait pas la somme réclamée par le demandeur, ce dernier devait perdre son procès et par suite son droit. Car s'il avait voulu le faire valoir de nouveau, il aurait été repoussé au moyen de l'*exceptio rei judicatæ* [82]. Au reste, les peines de la *plus petitio* ne pouvaient naturellement avoir lieu que pour autant que l'*intentio* du demandeur portait une chose certaine et déterminée, *certum, pecunia*, ou autre *res certa* [83]. Les jurisconsultes romains ont analysé et classé les différents cas de *plus petitio*, en disant qu'on peut demander au delà de ce qui est dû *re, tempore, loco, causa* [84]. L'empereur Zénon modifia les dispositions relatives à la *plus petitio tempore*, en réduisant la peine à la perte des intérêts qui auraient couru jusqu'à l'époque de l'échéance [85]. Pour tous les autres cas, Justinien condamne le demandeur à payer le triple du dommage que le défendeur aura éprouvé par suite de la *plus petitio* [86].

Abstraction faite de ces peines, il ne reste donc plus dans le droit nouveau que la condamnation au double dans certains cas,

[81] Le *plus* dans la *demonstratio* n'entraînait point de peine; de là *falsa demonstratio non nocet*. Gaius, IV, 58. Toutefois il ne faut pas perdre de vue, que dans les *actiones in factum* la *demonstratio* et l'*intentio* ne faisaient qu'un (§ 130, note 49, et Gaius, IV, 60). — Le *plus* dans la *condemnatio* ne pouvait être préjudiciable qu'au défendeur qui aurait dû payer plus qu'il ne devait; mais il obtenait facilement la restitution en entier contre le jugement. Gaius, IV, 57. 68.

[82] Voyez ci-dessus § 139 et 153.

[83] Gaius, IV, 54. — Elle n'avait pas lieu non plus quand le demandeur avait demandé *autre chose* que ce qui lui était dû; car alors le véritable objet de son droit n'était pas *in judicium deductum*. Le même, IV, 55.

[84] Les trois premières catégories n'ont guère besoin d'explication; quant à la dernière : « *Causa* plus petitur, velut si quis in intentione tollat electionem debitoris, quam is habet obligationis jure. » — Voyez au reste Gaius, IV, 53 et surtout § 33, I., *de actionibus* 4, 6.

[85] Encore le jour de l'échéance devait-il être prorogé d'un délai égal à celui qui s'écoule entre le jour de la demande anticipée et le jour originaire de l'échéance. § 10, I., *de exceptionibus* 4, 13 et Schrader, *ad h. l.*

[86] § 33, I., *de actionibus* 4, 6. — Tit. C., *de plus petit.* 3, 10.

le *jusjurandum calumniæ*, et la condamnation de la partie succombante aux frais de la procédure (§ 133, à la fin).

Observation. En traitant de la *plus petitio*, Gaius et Justinien examinent aussi les conséquences de la *minus petitio*. Si dans l'*intentio* le demandeur avait demandé trop peu, il ne pouvait poursuivre le surplus pendant la même préture : on lui aurait opposé l'*exceptio litis dividuæ* [87]. C'était pis encore quand l'*intentio* était exacte, mais que la *condemnatio* portait trop peu; car dans ce cas tout son droit était *in jus deductum*, il perdait tout ce que la *condemnatio* ne contenait pas, et en général le préteur refusait dans ce cas la restitution en entier [88]. Ces dispositions n'existent plus dans le droit nouveau : Zénon et Justinien ont permis au juge de suppléer ultérieurement à ce qui manquait dans l'*intentio* ou dans la *condemnatio* [89].

[87] Gaius, IV, 56.
[88] Gaius, IV, 57.
[89] § 34, I., *de actionibus* 4, 6. — L. 1, § 3. L. 2, § 1, C., *de plus petionibus* 3, 10.

LIVRE DEUXIÈME.

DES DROITS RÉELS.

INTRODUCTION.

Des droits réels en général et de la possession.

CHAPITRE I.

DES DROITS RÉELS EN GÉNÉRAL.

NOTION ET ESPÈCES.

§ 160.

Nous avons dit au § 90 ce que nous entendons par *droit réel*. C'est la volonté de l'homme se dirigeant vers une *chose*, abstraction faite de tout autre individu humain. Dès que cette volonté est reconnue et garantie par la loi, elle constitue un droit réel selon le *jus civile*. C'est par cette application directe et immédiate de la volonté humaine à une *chose* proprement dite, que les droits réels diffèrent des autres droits. En effet, l'objet des *droits personnels* n'est point une chose, mais l'individualité de la personne même à qui le droit appartient. Le but pratique d'un *droit d'obligation* peut bien être de nous procurer une chose, mais ce n'est là qu'une conséquence médiate, et si peu nécessaire à l'essence du droit, que celui-ci continuerait de subsister quand même il deviendrait physiquement impossible d'obtenir ce qui en fait l'objet : ce qui constitue le véritable objet de l'obligation, c'est qu'un autre doit nous donner la chose, en d'autres termes c'est le fait d'une autre *personne déterminée*. La personne du débiteur est donc un élément essentiel de tout droit d'obligation. Dans les droits réels, au

contraire, notre droit s'applique directement à la chose; nous avons le droit et nous pouvons l'exercer, sans que l'intervention d'aucun autre homme soit nécessaire.

La manière dont nous voulons agir sur une chose ou en disposer peut être différente, et cette différence donne lieu à une grande division des droits réels, fondée sur l'étendue plus ou moins grande du pouvoir que nous sommes à même d'exercer sur la chose.

Le pouvoir le plus absolu que la loi nous accorde sur une chose est appelé *droit de propriété, dominium*.

De ce vaste pouvoir qui se manifeste de différentes manières, comme droit de disposer, droit de jouir, droit d'aliéner, etc., on a démembré quelques éléments, et on les a érigés en droits séparés. Par exemple, nous avons la propriété d'un fonds, par conséquent le droit d'en disposer comme bon nous semble et d'empêcher tout autre d'en faire autant. Cependant nous pourrons accorder à un voisin le droit de passer sur notre fonds, et l'exercice de ce droit pourra avoir lieu sans que notre propriété en soit détruite. Il est vrai qu'elle a subi une restriction, une limitation; mais, abstraction faite de ce démembrement, elle continue d'exister. On comprend que ces démembrements peuvent être très-variés, et qu'il est même assez difficile de tracer une limite précise à laquelle il faut s'arrêter pour ne pas anéantir le droit de propriété. Les Romains les ont divisés en quatre catégories :

1. Les servitudes. *Servitutes.*
2. L'emphytéose. *Emphyteusis.*
3. La superficie. *Superficies.*
4. Le gage et l'hypothèque. *Pignus et hypotheca.*

Nous ferons connaître ci-après la nature particulière de chacun de ces droits démembrés. Nous nous bornons ici à faire observer qu'ils sont tous compris sous la dénomination générale de *jura in re,* c'est-à-dire droits établis sur une chose dont la propriété appartient à un autre, *jura in re aliena.* Le droit de propriété, comme embrassant la chose entière, est souvent identifié avec la chose même. Au lieu de se servir du terme abstrait de droit de propriété, l'ancien Romain disait *hæc res mea est;* et dans la science, cette idée a même eu assez d'empire pour faire désigner ce droit par le nom de *chose corporelle* en opposition à tous autres droits, *choses incorporelles* [1].

[1] Par contre, les *jura in re,* particulièrement les *servitudes,* sont souvent ap-

Observation 1. La terminologie que nous venons d'exposer : *propriété—jura in re*, est rationnelle et conforme aux sources. Dans les commentateurs des siècles derniers on en rencontre fréquemment une autre qui n'a aucun de ces mérites. Ces auteurs prennent le mot *jus in re* comme synonyme de ce que nous appelons *droits réels*, et embrassent sous cette dénomination et les *jura in re* des Romains et le droit de *propriété*. Ils désignent encore ces mêmes droits par le mot *jura in rem*, parce qu'ils les considèrent comme les seuls droits qui soient protégés par une *in rem actio*, erreur que nous avons déjà combattue au § 135, n° I. Toutefois la plupart d'entre eux font encore entrer dans la catégorie des *jura in re* ou *in rem* le droit héréditaire, parce qu'il est également protégé par une *in rem actio*. A cette catégorie ils opposent alors les droits d'obligation sous le nom de *jura ad rem* ou *in personam*. Ce dernier nom vient de ce que les obligations sont protégées par une *actio in personam*. Quant au premier, il est puisé dans le droit canon, dont deux passages distinguent, en effet, entre *jus in re* et *jus ad rem* [2]. Ceux qui se servent du terme *jus ad rem* y voient un avantage en ce qu'il permet d'indiquer que l'obligation, bien qu'elle puisse avoir pour effet indirect de nous procurer une chose, ne s'y rapporte cependant pas *directement*.—En résumé, les droits patrimoniaux se diviseraient en *jura in re* ou *in rem* et *jura in personam* ou *ad rem*. Les *jura in re* ou *in rem* comprendraient l'hérédité, et ce que nous avons appelé *droits réels*, c'est-à-dire, le droit de propriété et les démembrements de la propriété érigés en droits séparés. Les *jura ad rem* ou *in personam* ne seraient autre chose que les *obligationes* des Romains. — Nous n'admettrons point cette terminologie par plusieurs raisons : 1° Elle est entièrement inutile. 2° Les *termes* mêmes : *jus in rem, ad rem, in personam*, ne sont point romains. Le mot *jus in re* est à la vérité irréprochable en lui-même; mais en droit romain il a une tout autre signification [3]:

pelés *jura* sans autre désignation. Fr. 1, pr. D., *de condict. triticaria* 13, 3. — Fr. 9, D., *de operis novi nunc.* 39, 1. — Nous donnerons plus de détails sur la terminologie, quand nous traiterons des divers droits réels en particulier.

[2] Cette distinction se trouve dans les deux passages suivants : C., 40, in VI, *de præbendis* 3, 4. « Jus vero, quod secundo *ad* præbendam, non *in* præbenda hujusmodi competebat,... penitus est sublatum. » — C., 8, in VI, *de concessione præbendæ et ecclesiæ non vacantis* 3, 7. « ... In quibus (beneficiis) jus non esset quæsitum *in re*, licet *ad rem*... »

[3] Particulièrement ce terme ne sert jamais à désigner la propriété; même il

il en résulte qu'en le prenant dans le sens des commentateurs, on s'expose à des erreurs souvent capitales. 3° Le mot *jus in rem* favorise l'opinion erronée qui donne au mot *actio in rem* une fausse signification. 4° Enfin, la base de la distinction en *jus in rem* et *jus ad rem* n'est pas même logique, et il serait impossible d'indiquer avec précision le sens du mot *res* employé dans ces deux locutions. En effet, dans l'une d'elles il aurait une signification différente de celle qu'il a dans l'autre. Car, quoique la plupart des obligations se rapportent *médiatement* à une *res*, il en est beaucoup qui n'ont pas le rapport le plus éloigné avec une *chose*, par exemple, toutes celles dans lesquelles le débiteur est tenu de ne pas faire quelque chose.

Observation 2. Parmi ceux qui, comme nous, rejettent la terminologie dont nous avons parlé dans l'observation précédente, il en est qui rangent le *droit d'hérédité* dans la catégorie des *droits réels*. Cela paraît assez plausible, parce que le droit d'hérédité a pour objet des choses extérieures, et qu'il existe dans la personne de l'héritier sans que l'intervention d'aucun autre individu soit nécessaire. Toutefois nous croyons préférable de ne point le comprendre sous la dénomination de droits réels. En effet, dans cette hypothèse nous serions obligé de donner au mot *res* une signification trop vague, tandis que dans notre terminologie ce terme est pris dans le sens propre : *objet matériel* en dehors de l'homme. Ajoutons à cela que le droit héréditaire repose tout entier sur une fiction de la loi, d'après laquelle l'héritier est censé continuer la personne du défunt, et que des raisons de méthode s'opposent à ce qu'on traite en même temps le droit héréditaire, matière très-compliquée, qui suppose des connaissances préliminaires fort étendues, et les droits réels, qui plus que toute autre partie demandent à être exposés au commencement d'un cours dogmatique de droit romain.

ne se rencontre guère qu'en opposition à *dominium* Fr. 19, pr. D., *de damno infecto* 39, 2. « ... Sive domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor, et fructuarius, et superficiarius. » — Fr. 30, D., *de noxal. act.* 9, 4. « Si domini sint, sive aliquod in ea re jus habeant, qualis est creditor et fructuarius. » — Fr. 71, § 5, D., *de leg. I* (30). Quia aliquod jus in eo (fundo) habet. » — Il est vrai que dans quelques autres passages le mot *jus in re* paraît être employé dans un sens plus étendu. (Fr. 2, § 22, D., *vi bon. rapt.* 47, 8; L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39); mais toujours est-il que la signification que nous lui attribuons serait comprise dans ce sens plus étendu, et que dans aucun cas elle ne saurait donner lieu à des erreurs.

COMMENT LES DROITS RÉELS S'ACQUIÈRENT.

§ 161.

Faisons d'abord observer que nous ne nous occupons point ici des acquisitions *per universitatem* ni même des acquisitions à titre particulier qui se font à cause de mort. Il en sera question ci-après au livre cinquième. Nous ne parlerons dans ce livre que de l'acquisition de choses individuelles qui a lieu entre-vifs.

Les commentateurs se sont donné beaucoup de peine pour établir une règle générale sur l'acquisition des droits réels. Ils ont dit que cette acquisition exige deux choses, d'abord un titre en vertu duquel on peut acquérir, ensuite un acte par lequel on acquiert, ou en latin, 1° une *causa remota, justus titulus ;* 2° une *causa proxima, modus acquirendi.* Cette règle est spécieuse; un examen attentif en démontre facilement l'inexactitude. Dans beaucoup de cas on peut, à la vérité, distinguer deux éléments analogues à ceux que les commentateurs exigent. Dans la tradition, par exemple, qui est le mode le plus fréquent de transférer la propriété, la remise de la chose, *modus acquirendi,* ne suffit pas; il faut un motif d'intention qui porte le *tradens* à transférer sa propriété, et cet élément peut être considéré, si l'on veut, comme la *causa remota* de l'acquisition de la propriété. Mais il n'en est point de même de tous les autres moyens d'acquérir les droits réels. Ainsi dans l'*occupation,* qui consiste dans la prise de possession d'une chose qui n'a pas de maître, on chercherait en vain la *causa remota,* le *justus titulus.* Les partisans de la règle citée cherchent à la justifier en disant que dans ce cas la loi forme le *justus titulus,* puisque c'est elle qui attribue cet effet à l'occupation. Mais si l'on admet cette explication, il faudrait dire que dans la tradition il est besoin de trois choses, savoir : 1° De la loi qui attribue à la vente, à la donation, etc., la vertu de pouvoir servir de base à l'acquisition de la propriété, ce qui constituerait une *causa remotissima,* s'il est permis de s'exprimer ainsi ; 2° le motif d'intention qui porte le *tradens* à faire la tradition, *justus titulus* ou *causa remota,* et enfin, 3° la remise de la chose, *modus acquirendi, causa proxima.* Dès lors la règle cesse d'être susceptible d'une application générale. Nous verrons ci-après, en traitant des différents droits réels, que les divers modes d'acquisition sont régis par des règles particulières.

COMMENT LES DROITS RÉELS SE PERDENT.

§ 162.

Ce que nous venons de dire sur l'acquisition des droits réels s'applique également à la perte de ces droits. Les divers modes d'extinction sont soumis à des règles différentes qui ne pourront être exposées convenablement, que quand nous traiterons des droits réels en particulier. Toutefois il est une observation générale que nous sommes obligé de présenter ici.

En parlant des actes juridiques (§ 123), nous avons dit, qu'on peut ajouter à l'acquisition d'un droit des modifications qui auront pour effet d'amener éventuellement l'extinction ou la révocation de ce même droit. Cela se fait au moyen d'un terme, *dies ad quem*, ou d'une condition, qu'on appelle dans ce cas *résolutoire*. Ainsi, lorsque je vous loue une maison pour un terme de trois ans, le droit que vous avez d'habiter cette maison cessera naturellement à l'expiration de ce terme. Pareille stipulation de révocation peut-elle être également ajoutée à l'acquisition des droits réels? Peuvent-ils être acquis de manière que l'acte d'acquisition contienne en même temps la nécessité ou l'éventualité de leur perte? Examinons d'abord le droit de propriété. Je vous vends et vous livre ma maison, en me réservant le droit de la reprendre au même prix dans un temps déterminé : le droit de propriété sera-t-il révoqué par la déclaration que je fais de vouloir reprendre la maison? Si nous tenons compte de la nature de la propriété, la réponse doit être nécessairement négative. En effet, ce droit existe, abstraction faite de toute personne hors celle qui est le propriétaire. Or, si l'on admettait que son droit pût passer à une autre personne, et par conséquent s'éteindre dans la sienne sans qu'il y eût coopéré lui-même, on porterait évidemment atteinte à la nature de la propriété, parce qu'on y introduirait une personne étrangère, de la volonté de laquelle dépendrait l'existence ou la non-existence du droit de propriété. Il en résulte que dans le cas que nous venons d'indiquer, la convention résolutoire peut bien avoir force obligatoire pour les parties qui l'ont conclue, mais qu'elle n'influe point sur la propriété acquise par l'acheteur. En d'autres termes, les dispositions que ce dernier a prises à l'égard de sa propriété sont valables, bien qu'il puisse être tenu personnellement de restituer la chose ou de payer des dommages et intérêts. La propriété est donc

de sa nature un droit irrévocable. Le droit romain est en général fidèle à ce principe; toutefois nous aurons à signaler quelques exceptions (voy. ci-après § 178, n° 3) [4]. — Les mêmes considérations ne s'appliquent point aux autres droits réels, aux *jura in re*. Il est vrai, qu'ils ne demandent, pas plus que le droit de propriété, une personne déterminée qui en soit l'objet; mais ils supposent toujours une propriété étrangère sur laquelle ils sont établis et dont ils ne sont qu'un démembrement. Il est dans leur nature de pouvoir retourner à la propriété dont ils ont été détachés, et de la reconstituer en son entier. Rien ne s'oppose donc à ce qu'on établisse un *jus in re* de manière qu'à l'avénement d'un terme ou à l'accomplissement d'une condition, il s'éteigne de plein droit et revienne à la propriété dont il faisait partie avant qu'il fût érigé en droit séparé. Pareille révocation a naturellement pour effet de révoquer ou d'annuler également toute disposition que celui qui avait le *jus in re* révocable a pu prendre à l'égard de ce droit. C'est particulièrement à ce cas que se rapporte le proverbe * *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* * [5].

Dans ce qui précède nous n'avons parlé que de la révocabilité qui résulte d'une *convention* entre parties; elle peut également provenir d'une *disposition de dernière volonté*, ou même d'une *disposition légale*.

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LES DROITS RÉELS.

§ 163.

De tout ce que nous avons dit sur la nature des droits réels et sur la grande division des actions en *actiones in rem* et *in personam*, il résulte évidemment que les actions servant à protéger les droits réels appartiennent à la première catégorie. En effet, l'*actio in rem* est celle que nous avons contre quelqu'un qui *nullo jure*

[4] C'est aussi dans le § 178, que nous montrerons l'importance pratique de l'irrévocabilité du droit de propriété.

[5] Exemple : Fr. 31, D., *de pignoribus* 20, 1. « Lex vectigalis fundo dicta erat, ut, si post certum temporis vectigal solutum non esset, is fundus ad dominum redeat : postea is fundus a possessore pignori datus est. Quæsitum est, an recte pignori datus est? Respondit : si pecunia intercessit, pignus esse. Item quæsiit, si cum in exsolutione vectigalis tam debitor quam creditor cessassent, et propterea pronunciatum esset, fundum secundum legem domini esse, cujus potior causa esset? Respondit : si, ut proponeretur, vectigali non soluto, jure suo dominus usus esset, etiam pignoris jus evanuisse. »

nobis obligatus erat. Or, c'est précisément le caractère des droits réels, que d'exister sans obligation aucune de la part d'un autre individu.

Le but immédiat de toute action *in rem* est de faire reconnaître que nous avons le droit que le défendeur lèse ou conteste. Cette reconnaissance fait droit entre parties; c'est-à-dire, celui qui l'emporte dans le procès est considéré comme ayant réellement le droit, toutes les fois qu'il s'agit de la même question entre les mêmes parties [6]. La reconnaissance de notre droit a de plus inévitablement pour effet de faire cesser la lésion qu'on y a faite, particulièrement de nous faire restituer la chose dont nous avons perdu la possession. En outre le jugement peut encore contenir d'autres éléments, par exemple, condamnation aux dommages et intérêts. Ces derniers éléments sont de leur nature personnels; car ils sont fondés sur l'obligation du défendeur de réparer le dommage qu'il nous a causé par la lésion dont il s'est rendu coupable. Il faudrait donc, à la rigueur, une action personnelle de ce chef; mais comme la condamnation qui en résulte est une conséquence de la reconnaissance de notre droit, on la considère comme un accessoire de la question principale, et on la joint comme telle à l'*actio in rem*, afin de simplifier la procédure [7].

CHAPITRE II.

DE LA POSSESSION [8].

NOTIONS ET DIVISIONS.

§ 164. *Notions générales.*

Avant d'exposer les droits réels, nous sommes obligé de dire quelques mots du pouvoir que l'homme peut exercer sur une chose, abstraction faite de la question de savoir s'il a ou non le droit de l'exercer. Ce pouvoir physique de l'homme sur une chose est

[6] Voyez ci-dessus § 153, notes 37 et suiv.

[7] Voyez ci-dessus § 155, n° II.

[8] Nous suivons dans l'exposé de cette matière l'ouvrage de M. DE SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes*, publié en 1803, et dont la sixième édition a paru en 1836. — Des traductions françaises de ce livre important ont été faites par M. BEVING, Bruxelles, 1840, et par M. FAIVRE D'AUDELANGE, Paris, 1842. — MM. WARNKONIG en a donné une analyse dans la *Themis*, t. III et IV.

appelé *possession*. La possession contient donc deux éléments qui se trouvent également dans la propriété, savoir, la volonté de l'homme et une chose soumise à cette volonté. Mais la propriété exige de plus, comme condition essentielle, que la chose ait été soumise à notre volonté d'une manière reconnue et garantie par la loi. Pour qu'il y ait possession, il suffit que nous ayons le pouvoir de disposer d'une chose, peu importe que ce pouvoir soit ou non conforme au droit.

Mais s'il en est ainsi, comment le droit peut-il s'occuper de la possession, et comment la possession a-t-elle pu être considérée comme une institution du droit? Une considération bien simple fera comprendre que la législation s'est trouvée dans la nécessité de reconnaître ce simple *fait*, et de lui imprimer ainsi un caractère de droit. En effet, que peut faire la loi vis-à-vis de celui qui se trouve en possession d'une chose, sans qu'il soit établi qu'il a acquis la chose d'une manière légale? Certes, elle ne protégera pas sa possession comme elle protégerait un droit légalement acquis; mais tant qu'il n'est pas prouvé que cet état de choses lèse les droits d'un autre, elle respectera la volonté de l'homme qui s'est manifestée par la prise de la chose. Elle maintiendra le *statu quo*, à moins qu'elle n'acquière la certitude qu'il contient une violation des droits acquis. Or, cette certitude ne peut être obtenue qu'au moyen d'une preuve légale fournie en justice. Il en résulte que la loi doit garantir la possession contre tout trouble qui y serait apporté extrajudiciairement. Le respect dû à la volonté de l'homme et le principe fondamental de tout pouvoir social, d'après lequel l'individu ne peut se faire justice à lui-même, concourent donc à assurer au simple fait de la possession une certaine garantie et une protection légale[9]. Cette idée rationnelle a été adoptée et sanctionnée par les Romains, et c'est par suite de cette sanction que la possession figure dans leur système légal. Ils y ont même ajouté un élément nouveau, de sorte qu'en droit romain la protection

[9] C'est à ce double caractère de la possession (1° d'être par sa nature et par son origine un simple *fait*, 2° d'avoir à certains égards l'effet d'un *droit*), que se rapportent plusieurs textes de nos sources. Voyez Fr. 1, § 3, D., *de acquirenda vel amittenda possessione* 41, 2. « (Possessionem) enim rem *facti*, non *juris esse*, » et les Fr. 19, D., *ex quibus causis maj.* 4, 6; Fr. 53, D., *de acquir. rerum dominio* 41, 1. — Par contre, d'après le Fr. 49, § 1, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2. « Possessio non tantum corporis sed et *juris* est; » et c'est par ce motif que « plurimum ex jure possessio mutuatur. » Fr. 49, pr. D., *eod.*

que la loi accorde à la possession se manifeste de deux manières.

1° Par une *action* qui est accordée au possesseur. A parler rigoureusement, l'action suppose, à la vérité, un droit (§ 134), et ne devrait par conséquent point s'appliquer au simple fait de la possession. Mais par les raisons que nous venons d'indiquer, on a voulu protéger le possesseur dans la manifestation de sa volonté contre les agressions extrajudiciaires. A cet effet le préteur lui a promis un *interdit* contre toute personne qui lèse son individualité en portant atteinte à sa possession. Le besoin de cette protection devait se faire sentir avant tout à l'égard des agressions faites de vive force, *vis*. Par des motifs analogues, on l'accordait quand la lésion avait eu lieu par surprise clandestine, *clam*, ou par un abus de confiance, *precario*. En effet, la détention de celui qui nous prend une chose clandestinement, *clam*, mérite moins de protection que notre possession qui a été lésée par sa soustraction. De même celui qui a obtenu de nous une chose momentanément et par faveur, *precario*, ne doit pas se prévaloir de ce que peut-être nous nous trouvons dans l'impossibilité d'établir que la chose nous appartient : le seul fait qu'il la tient de nous l'oblige à nous la restituer.

2° La possession peut servir de base à l'acquisition de la propriété. Celui qui possède au vu de tous les citoyens une chose pendant un temps déterminé, peut par ce fait en acquérir la propriété. Cette acquisition s'appelle *usucapio*, de *usus* et *capere*, acquérir par la possession. Mais pour que la possession puisse produire cet effet, les Romains exigent quelque chose de plus que la simple soumission de la chose au pouvoir de celui qui veut acquérir : il faut en outre que la prise de possession ait eu lieu de sa part avec la croyance qu'il avait le droit de la prendre, *bona fides*, et par suite d'un acte qui pouvait l'autoriser à se croire propriétaire, *justus titulus*.

C'est donc sous ces deux rapports que nous avons à examiner la possession. Nous aurons d'abord à nous occuper des *interdits possessoires*, c'est-à-dire des actions créées pour la protection de la possession : ensuite nous devrons rechercher comment et à quelles conditions la possession peut conduire à l'acquisition de la propriété au moyen de l'*usucapio*. Toutefois, nous ne la considérerons ici que sous le premier point de vue, des raisons de méthode nous obligeant à exposer les principes de l'usucapion quand nous traiterons des divers modes d'acquérir la propriété (§ 193).

Observation. D'après ce qui précède, il est facile de déter-

miner les rapports qui existent entre la *propriété* et la *possession*. Eu égard à leur origine et à leur nature, ces deux institutions n'ont rien de commun [10]; car la propriété est de sa nature un droit et ne peut prendre naissance que de la manière prescrite par la loi, tandis que la possession est un simple état de fait, qui peut exister abstraction faite de tout droit et qui ne suppose aucun mode légal d'acquisition. Cependant dans leur manifestation extérieure et apparente la propriété et la possession peuvent se confondre; car la possession n'est autre chose que l'exercice des pouvoirs qui sont contenus dans le droit de propriété. Le propriétaire a le droit d'avoir la possession de la chose qui lui appartient; mais il peut se faire qu'il ne l'ait pas de fait. — En tenant compte de ces considérations, on ne sera jamais exposé à confondre les termes *jus possessionis* et le droit de posséder qu'on peut appeler *jus possidendi*. Par *jus possessionis* on entend le simple fait de la possession considéré sous le rapport des avantages légaux qu'il procure [11]; le *jus possidendi* n'appartient qu'à celui qui a le droit d'avoir la chose. Ainsi le voleur a le *jus possessionis*, c'est-à-dire, il peut se prévaloir des interdits possessoires, par cela seul qu'il tient la chose dans ses mains. Par contre, le propriétaire a le *jus possidendi* quand même il serait privé de la chose.

§ 165. *Conditions requises.*

La possession est le pouvoir physique que l'homme exerce sur une chose dans l'intention de l'exercer pour lui, abstraction faite de la question de savoir, s'il a ou non le droit de l'exercer. Pour que nous ayons la possession d'une chose, il faut donc :

1° *Corpus*, le pouvoir physique sur la chose. Il faut qu'il nous soit physiquement possible [12] de disposer de la chose à l'exclusion

[10] Fr. 12, § 1, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2. « Nihil commune habet proprietas cum possessione. » — Fr. 52, pr. D., *eod.* « Nec possessio et proprietas misceri debent. «

[11] Voyez Fr. 44, pr. D., *eod.* — Fr. 2, § 38, D., *ne quid in loco publ.* 43, 8. — Fr. 5 § 1, *ad leg. Jul. de vi publ.* 48, 6.

[12] Remarquons ici, que la loi a soustrait certaines catégories de choses au pouvoir de l'homme, et que par conséquent elle ne peut admettre de possession à leur égard. Ainsi les *res extra commercium* comme telles ne peuvent être possédées : de même un homme libre ne peut être possédé par celui qui connaît son état, mais il peut l'être par celui qui le croit esclave. — Fr. 1, § 6.

de tout autre. Il est donc évident que plusieurs ne peuvent point posséder la même chose, *chacun* en entier. *Plures eandem rem in solidum possidere non possunt*[13]. Rien ne s'oppose cependant à ce que plusieurs personnes *ensemble* aient la possession de la même chose *pro indiviso;* car dans ce cas, ce n'est pas la volonté de chacune d'elles, mais la volonté commune, qui dispose de la chose [14].

2° *Animus possidendi,* c'est-à-dire l'intention d'avoir la chose pour nous. Cette intention est exprimée d'une manière plus énergique par les termes *animus rem sibi habendi, animus domini* [15]. Il peut se faire que nous tenions une chose en notre pouvoir, même avec l'intention d'en disposer à certains égards, mais sans vouloir en disposer en maître. Ainsi, quand nous avons emprunté une chose pour notre usage, nous voulons user de la chose, mais notre intention n'est point de l'avoir comme si elle nous appartenait : nous n'entendons aucunement méconnaître le droit que le prêteur a sur la chose; bien au contraire, en usant de la chose, nous agissons conformément à sa volonté. Nous ne *possédons* pas alors dans la véritable acception du mot ; nous ne faisons que *détenir* au nom de celui qui nous a prêté la chose [16]. Il en est de même de tous ceux qui, quoique ayant une chose en leur pouvoir, reconnaissent le pouvoir légal qui appartient à un autre sur la chose, par exemple le locataire, l'usufruitier, le dépositaire, etc.

Dès que ces deux conditions, la *détention physique* et l'*intention*

Fr. 3, § 17. Fr. 23, § 2. Fr. 30, § 1-4, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.— § 4. I., *per quas personas nobis acquiritur* 2, 9. — Voyez encore ci-après § 170, note 72.

[13] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « ... Celsus... ait, duorum... *in solidum* dominium vel possessionem esse non posse. » — Fr. 3, § 5, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2. « ... Plures eandem rem *in solidum* possidere non possunt : contra naturam quippe est, ut, cum ego aliquid teneam, tu quoque id teneri videaris. » Dans ce même passage Paul nous apprend que Trebatius et quelques Sabiniens avaient pensé qu'on pouvait admettre des exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses. Mais leur opinion, combattue par Labéon, Ulpien et Paul, est définitivement rejetée dans le droit de Justinien.

[14] Fr. 26, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.

[15] Ces termes ne se trouvent pas dans nos sources, mais l'usage en est consacré par Théophile, ad § 4, I., *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9. « νομὴ δέ ἐστι, τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος νέμεσθαι » et ad § 2, I., *per quas pers. nob. obl. acquir.* 3, 28. « τὸ ψυχῇ δεσπόζοντος κατέχειν. »

[16] Fr. 18, pr. D., *de acq. poss.* 41, 2. « ... Nec idem est, *possidere* et *alieno nomine possidere;* nam possidet, cujus nomine possidetur... » — Fr. 9. 12, pr. Fr. 30, § 6, D., *eod.* — Fr. 9, D., *de rei vind.* 6, 1.

d'avoir la chose pour nous se trouvent réunies, il y a *possession*, et nous pouvons prétendre à la protection des interdits possessoires, qui imprime au simple *fait* un caractère de *droit*. La réunion de ces deux conditions suffit à cet effet; mais aussi elle est indispensable, car sans elles le fait même n'existerait pas. Toutefois, il est à remarquer que le droit romain attribue dans certains cas les effets qui résultent de la possession à des rapports qui réellement ne contiennent pas ce fait, parce que l'une des conditions essentielles ne s'y trouve point. Ainsi, par exemple, le créancier gagiste détient à la vérité la chose qui lui est donnée pour sûreté de sa créance, mais il ne la détient point dans l'intention de l'avoir pour lui. Il n'a donc pas la possession dans le sens propre; il ne fait que détenir au nom de celui qui lui a donné la chose en gage. Pourtant la loi lui accorde les interdits possessoires, comme s'il possédait. Et comme ce sont ces actions qui donnent à la possession proprement dite le caractère juridique et l'importance pratique, on a donné au droit du créancier gagiste le nom de *possession*, quoiqu'il y manque une des conditions essentielles, savoir l'*animus sibi habendi* [17]. Cette manière d'agir n'est pas sans exemple dans les législations positives. C'est ainsi que l'on donne le nom de *personne* à certains êtres fictifs qui ne sont pas des personnes, uniquement parce que la loi leur attribue la capacité d'avoir des droits, qualité qui résulte de la nature de la personne. C'est de la même manière encore que dans le droit romain le mot *action* est souvent employé au lieu du mot *droit*. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que, dans l'espèce dont nous venons de parler, le nom d'un rapport de droit soit employé pour désigner la faculté d'intenter les actions qui servent spécialement à protéger ce rapport; car quand le droit romain donne au créancier gagiste la possession de la chose engagée, cela veut dire tout simplement qu'il peut intenter les interdits possessoires pour se maintenir dans la détention du gage ou pour le reprendre, s'il vient à en être dépouillé. — On conçoit aisément le motif qui a engagé le législateur à accorder cette faveur au créancier gagiste; c'était en effet un moyen très-efficace de lui donner la garantie qu'il cher-

[17] Fr. 1, § 15, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 16. 34, § 5. 6, D., *de usurpat.* 41, 3. — Cette possession du gage offre ceci de particulier, que le créancier gagiste a les interdits possessoires, tandis que celui qui a donné le gage continue la *possessio ad usucapionem*, si toutefois il l'avait au moment de la dation du gage. Fr. 16, D., *de acq. poss.* 41, 2.

chait à obtenir en exigeant la remise du gage. Des motifs analogues ont fait accorder le même avantage à celui qui détient la chose d'autrui comme *emphytéote* [18] ou à titre *précaire* [19]. Enfin, nous trouvons que dans un cas particulier de dépôt, appelé *séquestre,* la possession est également attribuée à la personne qui a reçu le dépôt [20]. Toutefois dans le cas de précaire et de séquestre les parties peuvent convenir du contraire [21].

En résumé, la possession exige le pouvoir physique sur une chose et l'intention d'exercer ce pouvoir pour soi. Sans la réunion de ces deux conditions, point de possession dans le sens juridique; toutefois la loi a appliqué les interdits possessoires et même le nom de possession à certains cas où il y a une détention physique sans l'intention d'avoir pour soi, savoir à l'emphytéose et au gage, ainsi qu'au précaire, avec la modification pour ce dernier cas que le contraire peut être stipulé. Enfin, rien ne semble s'opposer à ce que dans d'autres cas de détention sans *animus domini,* les parties conviennent, que le détenteur aura la possession de la chose qu'il détient, c'est-à-dire, qu'il pourra intenter en son nom propre les interdits possessoires [22].

Observation. — La possession sans *animus domini* est ordinairement appelée *possession dérivée* ou *transmise* [23]. Ce mot indique

[18] Fr. 15, § 1, D., *qui satisd. cog.* 2, 8. — Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1.

[19] Fr. 36, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 4, § 1, D., *de precario* 43, 26.

[20] Il est douteux, si la possession est attribuée de plein droit au séquestre, ou s'il ne l'a que pour autant que les parties la lui accordent expressément. Fr. 17, § 1, D., *depositi* 16, 3. « Rei depositæ proprietas apud deponentem manet, sed et possessio : nisi apud sequestrem *deposita* est; nam tum demum sequester possidet. » On se décidera pour l'une ou pour l'autre opinion, selon qu'on rapporte le participe *deposita* à *res* ou à *possessio.*

[21] Fr. 10, pr. § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 33, § 6, D., *de usurpat.* 41, 3. Voyez encore ci-dessus § 154, note.

[22] M. de Savigny pense que les parties ne peuvent transmettre la possession que dans le cas que la loi désigne expressément, savoir dans le séquestre. Mais cette restriction ne nous paraît pas suffisamment motivée. Il serait d'ailleurs difficile d'expliquer comment on aurait été amené à attribuer de plein droit la possession des fonds aux fermiers des *agri vectigales municipum,* si les municipes n'avaient pas eu *l'usage* de la leur céder. Or les mêmes motifs qui engageaient les municipes à agir ainsi peuvent se rencontrer dans d'autres cas analogues, savoir dans le louage ordinaire, dans le dépôt, dans le prêt à usage.

[23] Le terme allemand dont M. de Savigny se sert est : *abgeleiteter Besitz.* La traduction *possession transmise* ne le rend pas d'une manière tout à fait exacte.

assez bien la nature de l'institution; mais il ne nous parait pas qu'il soit nécessaire d'inventer un nom particulier pour les cas qui rentrent dans cette catégorie, et de compliquer ainsi davantage la terminologie.

§ 166. *De la* juris possessio *ou* quasi possessio.

En examinant attentivement les notions que nous venons de donner, on s'aperçoit que la possession d'un objet n'est autre chose que l'exercice des pouvoirs qui sont compris dans le droit de propriété. Cette idée a été étendue et appliquée à quelques autres droits réels, et l'on appelle possesseur d'un droit celui qui fait ce qu'il aurait la faculté de faire s'il avait le droit[24]. Ainsi, par exemple, je place les poutres de ma maison dans le mur de mon voisin. Si j'ai acquis d'une manière conforme à la loi la faculté de poser ce fait, j'ai le *droit* de servitude, *jus* ou *servitus tigni immittendi*. Mais il peut se faire que j'exerce cette faculté, c'est-à-dire que j'aie des poutres placées dans le mur du voisin, sans en avoir le droit : dans ce cas je n'aurai que la possession du *jus tigni immittendi*. Enfin si j'ai des poutres placées dans son mur en vertu d'une acquisition légale, j'aurai à la fois le *droit* et la *possession* de la *servitus tigni immittendi*. L'exercice du pouvoir contenu dans un *jus in re*, abstraction faite de la question de savoir si l'on a le droit de l'exercer, est appelée *quasi possessio* ou *juris possessio*, en opposition à la possession d'une chose corporelle, *possessio corporis*[25].

Toutefois cette idée de la *juris possessio* n'a pas été appliquée à tous les *jura in re*[26]. Le droit romain ne l'admet qu'à l'égard des

[24] « Possideri autem possunt, quæ sunt corporalia. — Nec possideri intelligitur jus incorporale. Fr. 3, pr. D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 4, § 27, D., *de usurp.* 41, 3. — Mais voyez Fr. 32, § 1, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2; Fr. 2, § 3, *de precario* 43, 26; L. 10, C., *de acq. et retinenda poss.* 7, 32.

[25] Gaius, IV, 139; Pr. I., *de interdictis* 4, 15; Fr. 23, § 2, D., *ex quib. caus. maj.* 4, 6; Fr. 10, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5; Fr. 3, § 17, D., *de vi* 43, 16; — Fr. 2, § 3, D., *de precario* 43, 26. — Voyez aussi Fr. 2, in f. D., *communia præd.* 8, 4; Fr. 4, in f. D., *de itinere* 43, 19.

[26] Faisons observer ici que l'idée *juridique* de la possession n'a jamais été appliquée aux *droits personnels*, ni aux *droits d'obligations*. Il est vrai que dans quelques passages (Fr. 14, D., *de probat.* 22, 3; Fr. 10. 28, D., *de liberali causa* 40, 12), il est question de *possessio ingenuitatis* et *libertatis*; mais le mot n'y est point employé dans un sens technique. On ne peut donc point admettre en droit romain la définition de Pothier, *Traité de la possession*,

servitudes et du droit de *superficie* [27]. Nous verrons ci-après pourquoi elle n'a pu être étendue aux droits *de gage* et *d'hypothèque*. Quant à l'*emphytéote*, nous savons déjà qu'on lui accorde la possession corporelle du fonds : il n'y avait donc point lieu de créer encore une *juris possessio* en sa faveur.

Au reste, pour qu'il y ait *possession d'un droit, juris* ou *quasi possessio*, il faut également la réunion des deux conditions constitutives de l'idée de la possession, savoir : 1° l'*exercice du pouvoir* qui est contenu dans le droit en question, 2° *animus possidendi*, l'intention d'exercer ce droit pour soi [28].

§ 167. *Division de la possession.*

I. *Possessio naturalis.* — *Possessio.* — *Possessio civilis.* Le seul pouvoir que l'on a sur une chose, sans l'*animus possidendi*, n'a aucune importance en droit. C'est un état de choses dont la loi ne s'occupe pas, c'est la simple détention, qu'on appelle aussi *possessio naturalis* pour indiquer qu'elle ne signifie rien en droit civil. C'est par le même motif qu'on dit que ceux qui gardent ainsi une chose, *tenent, non possident*, quoiqu'ils soient *in possessione* [29]. — Mais dès que l'intention de posséder se joint au pouvoir physique, il y a *possession* dans le sens juridique. Cet état de choses est garanti

n. 38. « En général, la jouissance que j'ai de quelque droit que ce soit, en est une quasi-possession. » Cette extension s'accorde à la vérité avec l'esprit de la langue française, qui permet même de dire, qu'un acteur est en possession d'amuser le public ; mais elle est très-dangereuse, quand il s'agit de déterminer la nature et les limites d'un droit. Pour s'en convaincre, il suffit de lire les raisonnements faibles et erronés dont se servent la plupart des auteurs qui admettent en droit naturel la propriété intellectuelle ou littéraire. — Le Code civil s'est écarté de la terminologie sévère du droit romain : il admet la possession d'état et la possession d'une créance. Toutefois il serait difficile de faire entrer dans l'idée de la possession ce qu'il entend par possession d'une créance.

[27] La question de savoir, si le superficiaire a la possession du fonds, ou la quasi-possession de son droit, est controversée. Voyez ci-après titre IV.

[28] Voyez pour les détails ci-après titre II, *des servitudes*.

[29] Fr. 10, § 1. Fr. 24. 49, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 38, § 8, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Fr. 40, § 2, D., *de pignor. act.* 13, 7. — Fr. 9, D., *de rei vind.* 6, 1. — Théophile, ad § 2, I., *quib. mod. obl. toll.* 3, 29. — Cependant la locution *in possessione esse* s'emploie aussi quand il s'agit de la véritable possession. § 5, I., *de interdictis* 4, 15. — L. 2, C., *de acq. et ret. poss.* 7. 32.

par les interdits, et c'est à lui que s'applique le terme *possessio* par excellence [30].—Enfin sous certaines conditions (§ 164, n° 2) la possession peut nous conduire à la propriété au moyen de l'*usucapion*, mode d'acquisition dérivant du *jus civile*. La possession qui réunit ces conditions, c'est-à-dire qui a été acquise de bonne foi et en vertu d'un juste titre, est appelée *possessio civilis* à cause des éléments civils qu'elle contient et des effets civils qu'elle produit [31]. A cette possession on oppose souvent comme *non civile* ou *naturelle* toute autre possession, tant la simple détention que la *possession* proprement dite [32].

En résumé donc, et sauf les modifications qui dans un cas donné peuvent naitre de l'antithèse, on entend 1° par *possessio civilis* la possession propre à l'usucapion. 2° *Possession* par excellence est celle qui donne droit à la protection des interdits et qui exige le pouvoir physique et l'*animus possidendi*. 3° Enfin celui qui détient une chose sans l'intention de l'avoir pour lui, *ne possède pas* dans le sens propre du mot; *tenet, non possidet*. Toutefois on dit qu'il a la chose *in possessione*, qu'il a une *possession purement naturelle* [33]. — Quelle que soit l'importance de cette terminologie, nous nous servirons, quand il importera de distinguer, des termes suivants qui indiquent avec plus de précision l'idée que l'on veut rendre : *simple détention, possession proprement dite* ou *possessio ad interdicta*, et enfin *possessio ad usucapionem*.

II. *Possession juste*. — *Possession injuste*. On peut entendre par

[30] Voyez la plupart des passages cités aux § 164 et 165, particulièrement les notes 15 et 16.

[31] Le mot *possessio civilis* ne se rencontre que dans le Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5. — Les locutions *civiliter possidere* et *civiliter non possidere* se trouvent Fr. 3, § 15. Fr. 7, § 1, D., *ad exhib.* 10, 4; Fr. 26, pr. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1; Fr. 24, D., *de acq. vel amitt. possess.* 41, 2.

[32] Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 13, D., *de acq. pos.* 41, 2. — Fr. 38, § 10, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 11, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 2, § 1. 2, D., *pro herede* 41, 5. — Fr. 38, § 7, D., *de verb. obl.* 45, 1. — Voyez surtout Fr. 1, § 9, D., *de vi* 43, 16. « Dejicitur is, qui possidet, sive civiliter sive naturaliter possideat : nam et naturalis possessio ad hoc interdictum pertinet. »

[33] Nous suivons ici la terminologie établie par M. DE SAVIGNY, § 7. Cependant on ne peut nier que la locution *civiliter possidere* ne puisse quelquefois s'entendre de la simple possession avec *animus domini*. (Fr. 2, § 1, D., *pro herede* 41, 5 coll. Fr. 33, § 1, in f. D., *de usurpat.* 41, 3 et Fr. 3, § 20, D., *de acq. poss.* 41, 2), et que particulièrement *civiliter non possidere* ne se dise quelquefois, quand on nie tout simplement cet *animus domini*, sans qu'il s'agisse d'usucapion.

possession juste toute possession qu'on a le droit d'avoir [34]. Mais dans un sens plus restreint les termes *possessio justa* et *possessio injusta* se rapportent à la manière dont la possession a été acquise. Dans ce sens la possession est *injuste* ou *vicieuse,* quand elle a commencé *vi, clam aut precario,* et l'on appelle *justa* celle dont l'acquisition n'est entachée d'aucun de ces vices [35]. — Pour notre matière il importe en général peu que la possession soit juste ou injuste [36].

III. *Bonæ fidei—malæ fidei possessio* [37]. On possède de bonne foi quand on croit que l'on a le droit d'avoir la chose pour soi, en d'autres termes quand on se croit propriétaire de la chose qu'on possède. Toutes les fois que l'on possède sans avoir cette croyance on est possesseur de mauvaise foi [38].—Cette distinction, au reste, n'influe en rien sur le droit d'intenter les interdits; elle n'a d'importance que pour l'usucapion.

IV. Enfin on désigne par le nom de *ficta possessio* une fiction de la loi, en vertu de laquelle une personne qui ne possède réellement pas est cependant considérée comme si elle possédait. Nous devons nous borner ici à mentionner le terme, sauf à l'expliquer ci-après § 201.

COMMENT LA POSSESSION S'ACQUIERT.

§ 168. *Règles générales.*

La possession n'étant point un droit quant à son origine, le droit ne devrait pas, à la rigueur, fixer les règles de l'acquisition de la possession. Toutefois, comme elle produit des effets juridiques, il importe de déterminer à quel moment elle est acquise; et par le

[34] Fr. 13, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. — Fr. 7, § 8, D., *communi dividundo* 10, 3.

[35] Gaius, IV, 151. — § 4, I., *de interdictis* 4, 15. —Fr. 13, § 13. Fr. 53, D., *de acq. poss.* 41. 2. — Fr. 1, pr. § 3. 9, D., *uti possidetis* 43, 17. — L. 7. 11, C., *de acquir. et retin. poss.* 7, 32.

[36] « In summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat. » Fr. 3, § 5, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 2, D., *uti possidetis* 43, 17.— Voyez ci-après § 172 et suiv.

[37] Gaius, II, 43. — Pr. I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 109, D., *de verborum signif.* 50. 16.

[38] On peut être possesseur de bonne foi et avoir une possession injuste, par exemple quand on s'empare de vive force (*vi*) d'une chose dont on croit être propriétaire. Par contre, on peut avoir acquis une possession juste tout en étant de mauvaise foi, par exemple, quand on achète une chose qu'on sait ne pas appartenir au vendeur.

même motif, la loi a pu modifier les principes qui résultent de la nature des choses [39].

Comme la possession suppose nécessairement un pouvoir physique sur une chose avec l'intention de la posséder, il est évident qu'elle ne peut être acquise que pour autant que : 1° nous ayons fait un acte qui nous mette à même de tenir la chose et d'en disposer comme bon nous semble; c'est ce que les modernes appellent * *apprehensio*,* 2° que nous ayons pris le pouvoir dans l'intention de l'exercer pour nous, *animus possidendi* [40].

Nous examinerons ces deux points en détail.

I. *L'appréhension* consiste toujours dans un acte qui nous met à même de disposer physiquement et matériellement de la chose et d'en empêcher l'usage à tout autre. Il va sans dire que nous avons appréhendé une chose que nous tenons dans la main : mais il n'est pas nécessaire que nous la tenions ou même que nous la touchions seulement. Il peut se faire que nous touchions une chose sans que nous puissions en disposer, par exemple les vagues de la mer, que nous pouvons toucher de notre rame ou de notre main sans en avoir aucunement la possession [41]. Par contre, il se peut fort bien que nous soyons à même de disposer d'une chose sans que nous la touchions ou que nous la tenions matériellement. Ainsi nous avons la possession des choses que nous avons enfermées dans l'armoire dont nous tenons la clef, etc. C'est cette vérité qui se trouve exprimée dans un passage de Paul qui dit que sans toucher une chose nous pouvons en acquérir la possession par cela seul qu'elle est à portée de notre volonté ou de notre vue [42].— La nature de l'appréhension ainsi constatée, faisons application de cette idée aux différents cas qui peuvent se présenter. — Nous avons la possession d'*une chose mobilière* dès que nous la tenons de

[39] Voyez les Tit. D., *de acquirenda vel amittenda possessione* 41, 2; Tit. C., *de acquirenda et retinenda possessione* 7, 32.

[40] « Adipiscimur possessionem corpore et animo, neque per se corpore, aut per se animo. « Fr. 3, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 8. 34, pr. D., *eod.*

[41] M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession* § 14 et suiv.

[42] Fr. 1, § 21, D., *de acq. poss.* 41, 2. « ... Non esse enim corpore *et tactu* necesse apprehendere possessionem, sed etiam oculis et affectu : et argumento esse eas res, quæ propter magnitudinem ponderis moveri non possunt, ut columnas; nam pro traditis eas haberi, si in re præsenti consenserint (venditor et emtor), et vina tradita videri, cum claves cellæ vinariæ emtori... traditæ fuerint. » Au lieu des mots *et tactu*, les manuscrits lisent *et actu ;* mais l'ensemble de la phrase exige *et tactu,* leçon qui au reste s'obtient de la manière la plus facile au moyen d'une gémination. Voyez ci-dessus § 145, note 42.

manière à en pouvoir disposer [43]. C'est par ce motif qu'il a été décidé que nous n'avons pas appréhendé l'animal que nous avons blessé à la chasse : pour que nous en ayons réellement la possession, il faut que nous l'ayons pris mort ou vivant [44]. La considération que le contact matériel avec la chose n'est pas nécessaire est surtout importante quand la possession d'une chose nous est transmise par une autre personne. Pour que nous ayons dans ce cas la possession, il suffit que nous soyons à même d'agir matériellement sur la chose. Cela aura lieu quand elle aura été mise devant nous de manière que nous puissions la prendre, par exemple de l'argent [45]; quand nous aurons placé des gardiens près de la chose [46]; quand celui qui veut nous mettre en possession nous aura donné les clefs du magasin, de la cave, du bâtiment où les objets à délivrer se trouvent enfermés [47]. Il en sera de même quand nous aurons marqué les poutres ou d'autres matériaux de construction qu'un autre nous veut livrer [48], et même quand, sur l'ordre de ce dernier,

[43] Il faut surtout avoir égard à cette condition pour expliquer les particularités suivantes : 1° Le possesseur d'un immeuble n'a pas la possession du trésor qui y est enfoui et dont il ignore l'existence ; car il ne peut en disposer et d'autres peuvent le déterrer avant lui. Voyez au reste ci-après n° 2. Fr. 3, § 3. Fr. 44, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 15, D., *ad exhib.* 10, 4. — 2° Celui qui loue sa maison à un autre n'en continue pas moins de la posséder; mais il ne possède pas les meubles que le locataire y a introduits. Cela résulte déjà de ce que le bailleur n'a pas l'*animus possidendi*. Mais abstraction faite de ceci, il n'a pas le pouvoir physique; car il n'y a que le locataire qui en dispose. Pris dans ce sens le Fr. 30, pr. D., *de acq. poss.* n'est point en contradiction avec le Fr. 18, § 2, D., *eod.*, qui dit que le possesseur de la maison est aussi possesseur des choses qui se trouvent dans la maison.

[44] § 13, I., *de rerum divisione* 2, 1. « Illud quæsitum est, an, si fera bestia ita vulnerata sit, ut capi possit, statim tua esse intelligatur. Quibusdam placuit, statim tuam esse, et eousque tuam videri, donec eam persequeris; quod si desieris persequi, desinere tuam esse, et rursus fieri occupantis. Alii non aliter putaverunt tuam esse, quam si eam ceperis. Sed posteriorem sententiam nos confirmamus, *quia multa accidere solent, ut eam non capias.* » — Fr. 5, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[45] Fr. 79, D., *de solutionibus* 46, 3. — Fr. 1, § 21, D., *de acq. poss.* 41, 2, cité à la note 42. — Fr. 31, § 1, D., *de donat.* 39, 5.

[46] Fr. 51, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[47] Fr. 1, § 21, D., *de acq. poss.* 41, 2. Voy. note 42. — Fr. 74, D., *de contr. emt.* 18, 1; Cf. Fr. 9, § 6, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — § 45, I., *de rerum divisione* 2, 1.

[48] Fr. 14, § 1, D., *de peric. et comm. rei vind.* 18, 6. — Il n'en était pas de même des tonneaux de vin; la simple marque apposée par l'acheteur n'opérait pas tradition. Fr. 14, § 2, D., *eod.* La raison en est sans doute dans les

les objets dont il veut nous faire tradition auront été remis à un tiers désigné [49]. Pour acquérir la possession d'un *immeuble*, il suffit d'y entrer sans qu'il soit nécessaire de toucher du pied toutes les parties du fonds [50]. Quand c'est un autre qui nous veut transmettre la possession de l'immeuble, il n'est pas même nécessaire que nous touchions le fonds; il suffit qu'il nous le montre [51], pourvu toutefois que le fonds ne soit point occupé par une autre personne, ou, comme les Romains disent, pourvu que la possession soit *vacua*. Car si une autre personne possédait le fonds, nous ne posséderions qu'après l'en avoir expulsée [52].

2° *Animus possidendi*. Il faut que nous ayons l'intention d'avoir la chose pour nous. Il en résulte que les personnes qui n'ont pas de volonté ne peuvent point acquérir la possession par elles-mêmes, par exemple les personnes civiles, les fous, les furieux, les enfants [53]. Rien ne les empêche cependant de faire acte d'appréhension par leurs représentants, les syndics, les curateurs et les tuteurs [54]. — Remarquons ici que dans les cas exceptionnels, où la loi attribue la possession à un détenteur qui n'a point l'*animus rem sibi habendi* (§ 165, notes 17 et suiv.), l'intention de celui qui veut acquérir la possession se borne uniquement à la volonté d'user des interdits possessoires.

mœurs romaines. On pouvait considérer comme prise de possession la marque apposée aux bois de construction qui ordinairement séjournaient en plein air; mais la marque apposée à un tonneau de vin était moins une prise de possession qu'une mesure de précaution prise dans l'intention d'empêcher qu'il ne fût confondu avec d'autres tonneaux « magis enim ne submutetur signari solere, quam ut traditum videatur. »

[49] Fr. 1, § 21, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 31, § 1, D., *de donationibus* 39, 5. — Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter vir. et ux.* 24, 1.

[50] Fr. 3, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 77, D., *de regulis juris* 50, 17.

[51] Fr. 18, § 2, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[52] Fr. 52, § 2, D., *eod.* — Cf. Fr. 2, § 1, D., *de act. emti vend.* 19, 1. — L. 2, C., *de acq. poss.* 7, 32.

[53] Fr. 7, § 3, D., *ad exhib.* 10, 4; Fr. 1, § 22. Fr. 2, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 16, D., *de obl. et act.* 44, 7; Fr. 1, § 15, D., *si is, qui test.* 47, 4. — Fr. 1, § 3. Fr. 18, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Les *puberes infantia majores* peuvent acquérir la possession eux-mêmes, quand ils ont l'esprit assez développé. Fr. 1, § 3, D., *eod.* Il paraît même que l'enfant pouvait acquérir la possession lui-même, pourvu qu'il fût assisté de son tuteur, du moins en ce qui concerne les choses mobilières. Fr. 1, § 21. Fr. 32, § 2, D., *de acq. poss.* 41, 2; L. 2, C., *eod.* 7, 32. Cf. L. 26, C., *de donat.* 8, 54. — Voyez en général M. de Savigny, *Traité de la poss.* § 21.

[54] § 5, I., *per quas personas nobis acquir.* 2, 9. « ... Per liberam personam,

Il n'est pas nécessaire que l'appréhension et l'intention requises coïncident dans le même moment. Ainsi quand nous avons déjà la détention d'une chose et que plus tard à ce pouvoir physique vient se joindre l'intention d'avoir la chose pour nous, la possession nous sera évidemment acquise dès que ce concours des deux conditions existera; c'est ce qu'on appelle acquérir *solo animo* [55]. Toutefois ce principe, incontestable en thèse générale, est soumis à une restriction positive, quand nous détenons une chose au nom d'autrui. Dans ce cas, en effet, nous ne commençons point à la posséder pour nous-même par le seul changement de notre volonté : la loi exige en outre soit le consentement de celui au nom de qui nous détenons [56], soit un acte extérieur de notre part qui indique clairement, que notre intention a changé [57]. Cet acte extérieur consiste, quant aux choses mobilières, dans la soustraction de l'objet, *contrectatio rei;* quant aux immeubles, il faut que notre principal, après avoir eu connaissance de notre infidélité, n'ait pas tenté de se remettre en possession de la chose, ou que, l'ayant tenté, il ait été repoussé par nous. Ces règles ont de l'importance pour la question de savoir à qui les interdits compètent; elles en avaient également dans l'ancien droit pour l'usucapion [58], comme nous le montrerons ci-après. C'est particulièrement à ce dernier point que se rapporte le proverbe de droit : *nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*, c'est-à-dire : Si quelqu'un a commencé à détenir ou à posséder une chose en telle qualité déterminée, il ne

veluti per procuratorem, placet, non solum *scientibus*, sed etiam *ignorantibus* vobis acquiri possessionem. » — Fr. 1, § 20. 22. Fr. 2, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 7. § 3, D., *ad exhib.* 10, 4. — Fr. 11, § 6, D., *de pignor. act.* 13, 7.— Voyez le paragraphe suivant, note 62.

[55] Fr. 3, § 3, D., *de acq. poss.* 41, 2. « ... Solo animo non posse nos acquirere possessionem, *si non antecedat naturalis possessio.* »

[56] § 44, I., *de rer. div.* 2, 1.— Fr. 9, § 1. 2, D., *de Public. in rem act.* 6, 2. — Fr. 9, § 5, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 38, § 1, in f. D., *de acq. poss.* 41, 2. — Voyez aussi Fr. 3, § 20, D., *eod.;* Fr. 33, § 1, D., *de usurp.* 41, 3; Fr. 6, § 3, D., *de precario* 43, 26.

[57] Fr. 3, § 18. Fr. 6, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 67, pr. D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 1, § 24. Fr. 12, in f. D., *de vi* 43, 16. — Dans le Fr. 47, D., *de acq. poss.* 41, 2, Papinien semble dire, à la vérité, que le principal perd la possession d'une chose mobilière par le simple changement de la volonté du représentant, sans qu'il soit besoin d'un acte extérieur; mais voy. ci-après § 171, note 84.

[58] Particulièrement pour l'ancienne *usucapio pro herede*. Voy. ci après § 193, et Gaius, II, 52-58. — Fr. 33, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. § 1, D., *pro herede* 41, 5.

peut point de sa *propre volonté* changer cette qualité et posséder à un autre titre [59].

Observation. Nous avons dit que l'appréhension exige toujours un acte matériel qui nous mette dans la possibilité physique de disposer de la chose à l'exclusion de tout autre, sans que cependant cet acte doive nécessairement consister dans un contact corporel. Cette dernière circonstance a engagé les commentateurs à parler d'*appréhension* et de *tradition symboliques*. Il n'est pas nécessaire de faire observer combien il est invraisemblable que l'on ait introduit des modes symboliques, partant toujours différents des faits réels, dans une matière qui est entièrement *de fait*. Ce que nous avons dit dans le paragraphe suffit pour montrer que dans les cas qu'on cite ordinairement comme exemples de traditions symboliques il y a réellement appréhension matérielle, c'est-à-dire acquisition du pouvoir physique. Nous aurons ci-après, § 189, l'occasion de prouver la même chose à l'égard des deux modes de tradition qu'on désigne ordinairement par le nom de *traditio brevi manu* et *constitutum possessorium*.

§ 169. *Acquisition de la possession par des représentants.*

Comme la possession suppose la possibilité physique de disposer de la chose, nous ne pouvons l'acquérir que par nous-même. Toutefois on a admis la possibilité de l'acquérir par un tiers, pourvu que la volonté de ce tiers soit soumise à notre volonté. Pour que l'acquisition se fasse ainsi, il faut :

1° Que le tiers soit capable d'acquérir la possession et qu'il fasse l'acte d'appréhension dans l'intention de le faire pour nous [60]. S'il le fait dans une autre intention, nous n'aurons point acquis la possession. Toutefois si l'appréhension se fait au moyen de la tradition, c'est la volonté de celui qui transmet, qui décide. Ainsi, s'il entend transmettre pour nous, c'est à nous que la possession sera acquise, quand même notre représentant aurait voulu acquérir pour lui-même [61].

2° Que notre volonté y concoure également. En effet, la possession exigeant nécessairement l'intention d'avoir pour nous, il est évident qu'elle ne peut être acquise avant que cette intention existe.

[59] Fr. 3, § 19. Fr. 18, pr. D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 6, § 3, D., *de precario* 43, 26. — L. 5, C., *de acq. poss.* 7, 32.

[60] Fr. 1, § 9. 10. 19. 20, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[61] Fr. 13, D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 37, § 6. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1.

Ignoranti possessio non acquiritur[62]. Cependant il n'est pas nécessaire, que notre volonté coïncide avec l'acte matériel d'appréhension de notre représentant. Ainsi lorsque nous avons donné l'ordre de prendre possession d'une chose, et que notre représentant a exécuté notre ordre sans que nous en ayons eu connaissance, la possession nous est acquise au moment de l'appréhension [63]. Nous pouvons même ratifier une prise de possession, faite en notre nom sans que nous en ayons donné l'ordre; mais dans ce cas rien ne sera acquis avant notre ratification [64].

3° Enfin il faut qu'il y ait un rapport légal entre nous et notre représentant. En vertu de l'organisation de la famille romaine, le père de famille acquérait *nécessairement* par tous ceux qui étaient soumis à sa puissance, particulièrement, dans le droit nouveau, par les esclaves et les fils ou filles de famille [65]. Mais l'acquisition par un mandataire non soumis à notre puissance ne paraît avoir été admise que du temps des jurisconsultes classiques. Une constitution de Septime Sévère mit fin aux dissensions qui avaient pu exister à cet égard, et statua d'une manière expresse, que la possession peut être acquise par un mandataire ordinaire, *per liberam* ou *extraneam personam* [66].

[62] Fr. 3, § 12. Fr. 42, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Paul, *S. R.*, V, 2, 1. « ... Possessionem acquirimus... animo utique nostro; corpore vel nostro, vel alieno... » — Fr. 24, D., *de negot. gestis* 3, 5. — Toutefois la règle *ignoranti possessio non acquiritur* est soumise à quelques exceptions particulières. Ainsi les personnes civiles et les enfants ou les personnes en démence peuvent acquérir la possession par leur mandataire et par leurs tuteurs ou curateurs. Fr. 7, § 3, D., *ad exhib.* 10, 4; Fr. 1, § 20. 22. Fr. 2, D., *de acq. poss.;* Fr. 11, § 6, D., *de pignor. act.* 13, 7; Fr. 13, § 1, D., *de acquir. dominio* 41, 1. De même le père de famille qui a donné un pécule à son esclave ou à son fils acquiert à son insu la possession des choses qui se joignent à ce pécule. Fr. 1, § 5. Fr. 3, § 12. Fr. 4. 24, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 2, § 6, D., *pro emtore* 41, 4.

[63] C'est là le sens du § 5, I., *per quas personas nobis acquir.* 2, 9. « ... Per liberam personam,... non solum scientibus, sed etiam *ignorantibus vobis acquiri possessionem.* » Voyez aussi Fr. 13, pr. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1; Fr. 42, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2; L. 1, C., *eod.* 7, 32.

[64] Fr. 24, D., *de neg. gestis.* 13, 5.

[65] Gaius, II, 87. 89. — Pr. § 3, I., *per quas pers. nobis acquir.* 2, 9. — Fr. 10, § 2, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 1, § 5, D., *de acq. poss.* 41, 2. — La question de savoir, si l'on pouvait acquérir la possession par les personnes qu'on avait *in manu* ou *in mancipio* avait été controversée, *quia ipsas non possidemus.* Gaius, II, 90.—Voyez, au reste, sur toute cette matière ci-après livre IV.

[66] L. 1, C., *de acquir. poss.* 7, 32. « (Severus et Antoninus AA et CC.). Per

COMMENT LA POSSESSION SE PERD.

§ 170. *Règles générales.*

Tant que les deux conditions essentielles de la possession, le pouvoir physique et l'intention de posséder, se trouvent réunies, nous conservons la possession acquise [67]; et il n'est pas même nécessaire que nous exercions continuellement notre pouvoir ou que notre pensée s'occupe constamment de l'objet possédé. Il suffit qu'il n'y ait pas d'impossibilité physique d'agir sur la chose, et que nous n'ayons jamais eu l'intention de renoncer à notre possession. Mais il est évident que nous perdrons la possession dès qu'un fait *contraire* à ces deux conditions arrivera, c'est-à-dire dès que par un événement quelconque l'une ou l'autre de ces conditions viendra à disparaître [68]. Nous pouvons donc perdre la possession *corpore,*

liberam personam ignoranti quoque acquiri possessionem, et postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse, tam ratione utilitatis, quam jurisprudentia receptum est. (226). » § 5, I., *per quas pers. nobis acq.* 2. 9. — Voyez encore Gaius, II, 95; Paul, *S. R.*, V, 1, 2; Fr. 13, pr. D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1; Fr. 41, D., *de usurpat.* 41, 3.

[67] En d'autres termes, tant que nous n'avons pas perdu la possession, nous continuons de l'avoir. « Tamdiu enim retinetur, quamdiu non amittitur. » Azon, *in Summa Cod. Tit. de acq. et retinenda poss.* 7, 32.

[68] Cette règle fondée sur la nature des choses est sanctionnée de la manière la plus positive dans les Fr. 3, § 6, 13. Fr. 17, § 1. Fr. 29. Fr. 44, § 2, D., *de acquirenda vel amittenda possessione* 41, 2.—Plusieurs auteurs ont cependant soutenu que la cessation de l'une des deux conditions essentielles ne suffit pas pour nous faire perdre la possession, et particulièrement que la cessation du pouvoir physique ne met fin à notre possession, que pour autant que notre volonté de ne plus avoir la chose s'y joigne. Cette opinion tout à fait inadmissible doit son origine à la rédaction peu précise d'un fragment de Paul. Fr. 153, D., *de reg. juris* 50, 17. « ... Ut... nulla possessio acquiri, nisi animo et corpore potest : ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est; » passage qui est reproduit dans le Fr. 8, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2. La difficulté provient du mot utrumque, qui ordinairement signifie *tous les deux,* c'est-à-dire, l'*un* et l'*autre.* Mais dans ce passage il est évident qu'il faut le traduire par *tous les deux*, c'est-à-dire l'*un* ou l'*autre.* De pareilles inexactitudes de rédaction se rencontrent dans toutes les langues. Nous avons cherché à l'imiter dans notre texte. Dans les auteurs latins nous en trouvons de nombreux exemples : Varron, *de re rustica* I., 2, 14. — Cic., *de off.* III, 13. — Fr. 10, § 3, D., *de gradibus* 38, 10. — Fr. 16, D., *de leg. II* (31). — L. 3, C., *communi dividundo* 3, 37. — L. 8, § 5, C., *de bonis, quæ liberis* 6, 61. — Le contraire se trouve Fr. 1, § 3, D., *uti possidetis* 43, 17, où *alteruter* est employé pour *uterque.* Voyez au reste M. de Savigny, *Traité,* § 30.

c'est-à-dire en perdant le pouvoir physique sur la chose, ou *animo*, c'est-à-dire, en ne voulant plus être possesseur : enfin nous la perdons *corpore* et *animo*, quand c'est de notre consentement que nous perdons le pouvoir physique.

1° *Solo corpore*, par cessation du pouvoir physique. Il est évident que nous avons perdu la possession d'une chose quand par force majeure elle est soustraite à notre pouvoir. D'abord il va sans dire que notre mort met fin à notre possession. Ensuite notre possession cessera également quand l'objet que nous possédons viendra à périr soit par la mort, s'il s'agit de choses animées, soit par la destruction, s'il s'agit d'autres choses, tant mobilières qu'immobilières [69]. Il en est de même lorsque, par un événement quelconque, nous nous trouvons dans l'impossibilité physique de disposer de la chose [70]. Ainsi nous perdons la possession des animaux sauvages, lorsqu'ils recouvrent leur liberté naturelle, et celle des animaux apprivoisés lorsqu'ils sortent entièrement de notre garde, ce qui au reste n'est point censé arrivé tant qu'ils conservent l'habitude de revenir [71]. Enfin notre possession cesse également quand la chose subit un changement qui la rend légalement non susceptible d'être possédée, par exemple quand un événement quelconque la met hors du commerce [72]. — Abstraction faite de ces causes, nous pouvons perdre le pouvoir sur une chose, par le fait d'un autre homme. En effet, dès que quelqu'un nous met dans l'impossibilité physique de disposer de la chose, nous en aurons perdu la possession. Cela a surtout lieu quand un autre s'est emparé de la chose dans l'intention de l'avoir pour lui; car dès ce moment il en est devenu le possesseur et par

[69] Fr. 3, § 17. Fr. 13, pr. Fr. 30, § 3, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.

[70] Par exemple l'endroit où la chose se trouve, devient inaccessible Fr. 13, pr. D., *eod.*; ou bien nous ignorons où la chose se trouve. Fr. 3, § 13. Fr. 25, pr. D., *eod.*—Ceci doit cependant s'entendre d'une manière raisonnable : ainsi nous ne serons pas privé de la possession par cela seul que par hasard notre mémoire se trouve en défaut. Fr. 44, pr. D., *eod.*

[71] Fr. 3, § 14-16, D., *de acq. vel. amitt. poss.* 41, 2. Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. § 5, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — § 12. 14. 15, I., *de rer. div.* 2, 1. — Les animaux domestiques tombent sous la règle générale. Fr. 3, § 13, D., 41, 2. — Quant à l'esclave, on n'admettait pas qu'il pût même par la fuite se soustraire à la possession du maître; mais le maître en perdait la possession dès qu'un autre s'en emparait *animo possidendi*, ou quand l'esclave soutenait judiciairement qu'il était homme libre. Fr. 1, § 14. Fr. 13, pr. Fr. 15. 50, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 15, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3.

[72] Fr. 3, § 17. Fr. 30, § 3. 4, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.

une conséquence inévitable, nous cessons de l'être [73]. Dans cette matière les Romains font une distinction entre les meubles et les immeubles. Nous perdons la possession d'une chose mobilière lorsqu'un autre nous l'enlève d'une manière clandestine ou violente [74]. Quant aux immeubles, il est évident que nous n'en avons plus la possession quand nous avons été violemment expulsé du fonds (*dejectus*), peu importe que l'auteur de la violence en ait ou non pris possession lui-même [75]. Il en est de même quand nous sommes contre notre volonté et par violence retenu dans notre fonds ou quand nous l'abandonnons dans la crainte d'une violence future [76]. Mais d'après les décisions positives du droit romain nous ne perdons pas la possession d'un fonds par cela seul que, pendant notre absence, un autre s'en empare, quoique à la vérité il paraisse y avoir dans ce cas cessation du pouvoir physique [77]. Pour que la possession soit réellement perdue il faut en outre que, ayant eu connaissance de l'occupation faite par le tiers, nous y ayons acquiescé, ou que nous ayons été repoussé en voulant reprendre notre possession [78]. Jusqu'à ce moment nous restons possesseur quoique de fait un autre ait le pouvoir physique de la chose, ou comme les Romains disent, nous retenons la possession *solo animo* [79]. (Voy. ci-après § 172, note 93.)

[73] « Plures eandem rem in solidum possidere non possunt. » Voyez ci-dessus § 165, note 13.

[74] Fr. 15, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.

[75] Fr. 1, § 9. Fr. 12. 18, pr. D., *de vi* 43, 16. — Fr. 4, § 22, D., *de usurp.* 41, 3.

[76] Paul, *S. R.*, V, 6, 6. « Vi dejectus videtur et qui in prædio vi retinetur, et qui in via territus est, ne ad fundum suum accederet. » — Fr. 1, § 47, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 33, § 2, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 9, pr. D., *quod metus causa* 4, 2. — Dans les Fr. 1, § 29. Fr. 3, § 6, 7, D., *de vi* il s'agit des *peines* de la violence *à force armée* et non pas de la perte de la possession.

[77] « Sed et si animo solo possideas, licet alius in fundo sit, adhuc tamen possides. » Fr. 3, § 7, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2. — Fr. 3, § 8. Fr. 6, § 1. Fr. 7. Fr. 25, § 2. Fr. 46, D., *eod.* — Cette règle paraît avoir été controversée (Celsus). Fr. 18, § 3. 4, D., *eod.* (Pompon.). Fr. 25, § 2, D., *eod.*; mais les passages cités de Pomponius, de Papinien, d'Ulpien et de Paul ne laissent plus aucun doute sur la question.

[78] Ajoutez aux passages cités dans la note précédente le Fr. 1, § 24, D., *de vi* 43, 16. — Si nous réussissons dans notre tentative de reprendre la possession, nous sommes censés ne l'avoir jamais perdue. Fr. 17, D., *de vi* 43, 16; Fr. 5, § 10, D., *de operis novi nunc.* 39, 1. — Voy. aussi ci-dessus § 126, note 6.

[79] *Solo animo retinere possessionem*, Gaius, IV, 153. — § 5, I., *de interdictis.* 4, 15. — Fr. 3, § 7. Fr. 25, § 2, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2.

2° *Animo*. Notre possession cesse dès que nous ne voulons plus posséder. C'est donc un acte intentionnel contraire à l'*animus possidendi*, qui nous fait perdre la possession [80]. Il en résulte, entre autres, que les personnes qui n'ont point de volonté ne peuvent perdre la possession par l'intention [81]. — L'intention de ne plus posséder peut au reste se manifester soit d'un manière expresse, soit tacitement [82].

3° *Corpore et animo,* par le fait et l'intention à la fois. Les exemples les plus importants en sont la * *derelictio* *, abandon d'une chose, et la *traditio*, acte par lequel nous transmettons notre possession à un autre.

§ 171. *Comment se perd la possession d'une chose détenue par notre représentant.*

Pour décider la question de savoir quand nous avons perdu la possession d'une chose qu'un autre détient en notre nom, il faut appliquer les règles générales, que nous venons de donner, aux relations particulières qui naissent du fait de la représentation. Il est d'abord évident que nous avons perdu la possession, quand la chose, par une cause physique ou légale, ne peut plus être possédée. Il en est de même lorsque nous ne voulons plus posséder, quand même dans ce cas notre représentant continuerait de détenir la chose dans l'intention de la garder pour nous. Mais abstraction faite de ces cas déjà exposés dans le paragraphe précédent, nous pouvons perdre la possession :

1° *Par le fait de notre représentant même*. Nous ne perdons pas la possession par la mort ou la démence de notre représentant, ni par l'abandon qu'il fait de la chose, si un autre ne s'en empare pas; car dans l'un et l'autre cas notre intention continue de subsister et l'impossibilité physique d'exercer notre pouvoir n'est pas encore constatée [83]. C'est par le même motif que le simple changement de

[80] « ... Si in fundo sis, et tamen nolis eum possidere, *protinus* amittes possessionem. Igitur amitti et *animo solo* potest, quamvis acquiri non potest. » Fr. 3, § 6, D., *de acq. poss.* 41, 2.—Fr. 17, § 1. Fr. 30, § 4. Fr. 34, pr. D., *eod.*

[81] « Non (possunt) desinere *animo* possidere. » Fr. 27, 29, D., *eod.*

[82] Par exemple dans le *constitutum possessorium* § 189. — Voyez aussi Gaius, II, 51; § 7, I., *de usucap.* 2, 6; Fr. 37, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. — L. 4, C., *de acq. poss.* 7, 32.

[83] Cela est incontestable pour le cas de mort ou de démence du représentant. Fr. 3, § 8. Fr. 25, § 1, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2; Fr. 31, § 3, D., *de*

volonté du représentant ne suffit pas pour nous faire perdre la possession quand même il voudrait nous en priver, et posséder pour lui-même. Nous ne serons réellement dépossédé, que lorsqu'il aura manifesté ce changement d'intention par un acte extérieur, qui indique clairement qu'il veut nous empêcher de disposer de la chose [84], ce qui se fera à l'égard des meubles par la soustraction ou le déplacement, *contrectatio,* et à l'égard des immeubles par l'expulsion, *dejectio*. La question de savoir, si les mêmes règles doivent être appliquées au cas où notre représentant abandonne volontairement la possession à l'effet de la transmettre à un autre, avait été controversée; mais Justinien a décidé que nous ne pouvons jamais à notre insu perdre la possession par l'infidélité de notre représentant, et que nous la conservons tant qu'un acte extérieur n'en a pas constaté la perte [85].

2° *Par le fait d'un tiers*. Si un tiers s'est emparé de la chose, nous en avons évidemment perdu la possession. Mais si un tiers nous expulse nous-même d'un fonds, tandis que notre représentant se maintient contre l'agression, nous conservons la possession par notre représentant [86]. L'expulsion violente de notre représentant aura pour effet de nous faire perdre la possession même à notre insu [87].

Quant au cas où un tiers se ferait frauduleusement remettre la possession par notre représentant, nous venons de voir que

usurp. 41, 3. — Quant à l'abandon fait par notre représentant, la même décision résulte, pour le droit nouveau, de la L. 12, C., *de acquir. et retin. poss.* 7, 32. (Voyez ci-après note 85). Pour l'ancien droit le Fr. 3, § 8, D., *cité* confirme la règle. Le Fr. 40, § 1, D., *eod.*, semble contraire; mais il est évident que la leçon Aliud existimandum est le résultat d'une erreur; le sens exige Idem existimandum, leçon qui, au reste, se trouve dans quelques manuscrits. M. de Savigny, § 33, note 3.

[84] Fr. 3, § 18, D., *de acq. vel amitt. poss.* 41, 2; Fr. 1, § 2. Fr. 67, pr. D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 25, § 2. Fr. 46, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 12. 18, pr. D., *de vi* 43, 16. — Dans un passage de Papinien, Fr. 47, D., *de acq. poss.* 41, 2, nous lisons que la possession d'une chose mobilière se perd par le seul changement de volonté de notre représentant, sans qu'il soit besoin d'un acte extérieur, *si sibi possidere constituerit, confestim amisisse me possessionem;* mais il résulte de l'ensemble du fragment, que cette manière de voir est tout simplement une opinion émise par quelques jurisconsultes, probablement par les Proculéiens. Les autres textes que nous avons cités prouvent qu'elle n'a point été adoptée.

[85] L. 12, C., *de acq. et retin. poss.* 7, 32.— Voyez dans le même sens Fr. 3, § 6-9, D., *eod.,* et dans le sens contraire Fr. 40, § 1. Fr. 44, § 2, D., *eod.*

[86] Fr. 9, D., *eod.* — Fr. 1, § 45, D., *de vi* 43, 16.

[87] Fr. 1, § 22, D., *de vi* 43, 16.

pareil fait ne nous prive de la possession que pour autant qu'un acte extérieur exercé contre nous par ce tiers constate que nous avons perdu le pouvoir physique sur la chose.

DES ACTIONS POSSESSOIRES.

§ 172. *Notion et introduction historique.*

Nous appelons *actions possessoires* celles qui ont pour but de protéger la possession. Or, la lésion de notre possession peut être plus ou moins grande, selon qu'elle consiste simplement dans un trouble apporté dans le pouvoir physique que nous exerçons sur la chose, ou qu'elle a pour effet de nous priver entièrement de ce pouvoir. Le préteur a créé deux catégories différentes d'interdits pour ces deux espèces de lésion; on les distingue par les noms de *interdicta retinendæ possessionis,* et *interdicta recuperandæ possessionis.* Toutes les deux supposent nécessairement que le demandeur a été possesseur au moment où la lésion a eu lieu; mais en général il importe peu que sa possession soit juste ou injuste [88]. — Souvent on emploie le mot *interdits possessoires* dans un sens plus étendu, en comprenant sous cette dénomination trois catégories d'interdits, savoir les *interdicta adipiscendæ, retinendæ* et *recuperandæ possessionis;* mais cette terminologie ne peut être approuvée [89]. En effet les *interdicta adipiscendæ possessionis* n'ont point pour fondement la possession; au contraire ils sont donnés à celui qui ne prétend nullement avoir ou avoir eu la possession. Aussi ne sont-ils point donnés pour protéger la possession, mais pour nous faire acquérir une possession que nous n'avions pas auparavant. Cette circonstance ne nous autorise point à leur donner le nom d'actions possessoires; car au même titre nous serions obligé de l'appliquer à beaucoup d'autres moyens de droit qui ont pour but de nous

[88] Fr. 1, § 1. 9. 10. 30. Fr. 12. 18, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 2, D., *uti possidetis* 43, 17. Voy. cependant § 174, notes 4. 5.

[89] Elle doit son origine à la division des interdits donnée par Gaius, IV, 143; Justinien, § 2, I., *de interd.* 4, 15; Paul, Fr. 2, § 3, D., *eod.* 43, 1. « Hæc autem interdicta, *quæ ad rem familiarem spectant,* aut adipiscendæ sunt possessionis, aut recuperandæ aut retinendæ. » Au reste, il suffit de lire ce dernier passage pour se convaincre que le jurisconsulte veut donner une division, non pas des *actions possessoires*, mais des interdicta *quæ ad rem familiarem spectant*, c'est-à-dire des interdits donnés pour la protection d'un intérêt pécuniaire. Voyez Fr. 2, § 1. 2, D., *eod.*

faire obtenir la possession d'une chose, par exemple à la revendication, à l'action résultant du contrat de vente en délivrance de la chose vendue, etc. Nous réserverons donc le nom d'actions possessoires exclusivement aux interdits qui ont pour but de protéger notre possession, soit contre celui qui nous trouble dans l'exercice de notre pouvoir, *interdicta retinendæ possessionis*, soit contre celui qui nous en a privé entièrement, *interdicta recuperandæ possessionis*. C'est aussi dans ce sens qu'on oppose aux *interdits possessoires* les *actions pétitoires* qui ont pour but la protection d'un *droit* [90] et non point la protection d'un simple état de *fait*. — Au reste nous ne nous occuperons ici que des interdits créés pour la protection de la *possession corporelle;* ceux tendant à garantir la *juris* ou *quasi possessio* trouveront leur place dans les titres des servitudes et de la superficie.

Quand on examine l'ensemble de la législation romaine sur la possession et sur les actions créées pour la protéger, on est forcé de se demander comment une chose qui paraît avoir si peu d'importance en droit a pu donner lieu à un système aussi compliqué et aussi développé dans ses moindres détails. L'hypothèse suivante de Niebuhr et de Savigny [91] répond de la manière la plus satisfaisante à cette question. Le sol romain se composait du domaine public et des propriétés privées, *ager publicus* et *ager privatus*. Ce dernier seul pouvait appartenir en propre aux citoyens. Quant au premier, abstraction faite des terres qui étaient destinées à l'usage commun, les particuliers pouvaient en occuper des parties, les cultiver et en tirer profit. Cette occupation ne leur donnait point la propriété, ni par conséquent les actions réelles qui servent à protéger la propriété. Il leur fallait donc un nouveau moyen de droit pour les protéger dans leur occupation contre des agressions injustes. Ce moyen fut l'institution des interdits, laquelle, après avoir été développée par l'usage, fut par la suite appliquée à toute détention d'une chose qui n'avait pas le caractère de propriété. Enfin, quand tout le domaine public avait été changé en propriété privée, le système de la possession avait acquis le caractère de généralité que nous lui trouvons dans le droit de Justinien. Toutefois il reste

[90] Particulièrement d'un *droit réel*, soit *dominium*, soit *jus in re*. Fr. 28, D., *de obl. et act.* 44, 7. — Fr. 178, § 2, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[91] NIEBUHR, *Histoire romaine*, t. II, pages 116 et suiv. — M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession* § 12 *a*. — Voyez ce que nous avons dit sur le domaine public § 11, note 27; § 32, note 27. 28; § 34, et M. GIRAUD, *Recherches sur le droit de propriété*, p. 185. 208.

même dans le droit nouveau des traces de l'origine de l'institution. Ainsi les interdits les plus importants ne sont donnés que pour les immeubles [92]; et ce n'est qu'à l'aide de cette hypothèse que nous pouvons expliquer la nature de l'interdit *de precario*, la possession accordée à l'emphytéote, et même le principe que l'on retient la possession des immeubles par la seule intention [93].

§ 173. *Des interdits* retinendæ possessionis [94].

Les *interdicta retinendæ possessionis* sont donnés au possesseur toutes les fois qu'il est troublé par des voies de fait dans l'exercice de sa possession. Celui qui veut se servir de ces moyens doit donc prouver qu'il est possesseur [95] et que le défendeur a posé un acte qui apporte quelque trouble à sa possession [96]. Cependant si l'acte du défendeur avait eu pour effet de faire perdre la possession au demandeur, il y aurait lieu à intenter un interdit *recuperandæ possessionis* [97].

Les interdits *retinendæ possessionis* ne peuvent être intentés, que contre celui qui a troublé. Ils ne se donnent pas contre les héri-

[92] C'est aussi par ce motif, que le mot *possessiones* signifie quelquefois tout simplement *des immeubles*. Festus, v. « *Possessiones* appellantur agri late patentes, publici privatique... » — Voyez aussi Fr. 38, pr. D., *de minor*. 4, 4. — Fr. 5, § 10-12, D., *de rebus eor. qui sub tutela* 27, 9. — Fr. 7, D., *de incendio* 47, 9. — Fr. 1, D., *de decr. ab ord. fac.* 50, 9.

[93] En effet, le domaine public contenait beaucoup de pâturages, que les Romains divisaient en *saltus hiberni* et *æstivi*, selon que les troupeaux y étaient conduits pendant l'hiver ou pendant l'été. Or, pendant le temps que le possesseur d'un pareil pâturage ne s'en servait pas, il lui était fort indifférent qu'un autre s'y établit, et la privation de la possession n'était certaine pour lui que lorsque celui qui s'y était établi l'empêchait de reprendre le pâturage. Voy. ci-dessus § 170, note 79.

[94] Voyez Tit. D., *uti possidetis* 43, 17; Tit. D., *utrubi* 43, 31. — Tit. C., *uti possidetis* 8, 6. — Tit. Th. C., *utrubi* 4, 23.

[95] § 5, I., *de interdictis* 4, 15. — Fr. 3, § 8, D., *uti possid.* 43, 17. — Fr. 9, D., *de rei vind.* 6, 1. — Il importe en général peu que la possession soit juste ou injuste. « Justa enim, an injusta *adversus ceteros* possessio sit, in hoc interdicto nihil refert; qualiscunque enim possessor hoc ipso, quod possessor est, plus juris habet, quam ille, qui non possidet. » Fr. 2, D., *uti possid.* 43, 17. Pour l'explication des mots *adversus ceteros* voyez ci-après notes 4 et 5.

[96] Fr. 3, § 2. 3. 4, D., *uti possid.* 43, 17. — Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31. — Fr. 52, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 12, D., *comm. divid.* 10, 3. — Fr. 11, D., *de vi* 43, 16.

[97] Fr. 1, § 4. 6, D., *uti possid.* 43, 17. — Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31.

tiers comme tels, mais seulement lorsqu'ils continuent eux-mêmes de nous troubler [98].

Le but de ces interdits est d'abord de mettre fin au trouble qu'on apporte à l'exercice de notre possession, ensuite d'obtenir des dommages et intérêts pour la perte qui nous a été causée par le trouble [99]. En outre le juge peut prendre des mesures pour empêcher toute lésion ultérieure [100]. A cet effet, il imposera au défendeur une *cautio de non amplius turbando* [1]. Enfin quand l'interdit sert à préparer une action en revendication, il a pour but de faire déclarer, laquelle des deux parties prendra le rôle de demandeur ou celui de défendeur dans la revendication [2].

Les *exceptions* que le défendeur peut opposer à l'interdit sont de diverses espèces. D'abord, après une année utile l'interdit n'est plus donné pour les dommages et intérêts; mais le défendeur reste responsable pendant trente ans de ce dont il se trouve enrichi au moment de l'action intentée [3]. — Une autre exception importante est celle qui consiste à soutenir, que la possession du demandeur est vicieuse à l'égard du défendeur, c'est-à-dire que le premier a privé le dernier de sa possession *vi, clam aut precario*. Si le défendeur prouve que cette exception est fondée, le demandeur non-seulement sera débouté de sa demande,

[98] Voyez cependant pour les dommages et intérêts la note 3, et ci-dessus § 140, note 3.

[99] Fr. 1, pr. § 4, D. Fr. 3, § 11, D., *uti possidetis* 43, 17.

[100] « Ait Prætor : UTI... POSSIDETIS... QUOMINUS ITA POSSIDEATIS VIM FIERI VETO. Fr. 1, pr. D., *eod.*

[1] L. un. C., *uti possidetis* 8, 6.

[2] L'importance de cette question dans la revendication ne peut guère être démontrée que lorsque nous traiterons de cette action aux §§ 200 et suiv. Voyez toutefois GAIUS, IV, 148. — § 4, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Commodum autem possidendi in eo est, quod, etiamsi ejus res non sit, qui possidet, si modo actor non potuerit suam esse probare, remanet suo loco possessio; propter quam causam, cum obscura sint, contra petitorem judicari solet. » On peut donc à la fois agir par la revendication et l'interdit, ou, comme on dit ordinairement, *cumuler le pétitoire et le possessoire*. « Nihil commune habet proprietas cum possessione : et ideo non denegatur ei interdictum uti possidetis, qui cœpit rem vindicare : non enim videtur possessioni renunciasse, qui rem vindicavit. » Fr. 12, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[3] « NEQUE PLURIS, QUAM QUANTI RES INTRA ANNUM, QUO PRIMUM EXPERIUNDI POTESTAS FUERIT, AGERE PERMITTAM. « Fr. 1, pr. D., *uti possid.* 43, 17.—Fr. 4, D., *de interd.* 43, 1. « Ex quibus causis annua interdicta sunt, ex his de eo, quod ad eum, cum quo agitur, pervenit, post annum judicium dandum Sabinus respondit. »

mais encore il sera condamné à restituer la chose au défendeur [4]. C'est par ce motif que les interdits *retinendæ possessionis* sont appelés *judicia duplicia*, parce que chacune des deux parties peut prendre éventuellement le rôle de demandeur ou celui de défendeur [5]. Le terme *judicium duplex* s'explique ici de la manière la plus simple. En effet ce sont réellement deux procès qui se jugent à la fois : car le défendeur, en soutenant que le demandeur l'a privé de sa possession, ne fait qu'intenter un *interdictum recuperandæ possessionis*. Il est vrai qu'à la rigueur il devrait succomber dans la première procédure ; mais il l'emporterait dans la seconde et le dernier jugement anéantirait de fait tous les effets du premier. C'est donc pour abréger la procédure qu'on a réuni les deux questions dans un seul examen et qu'on a fait un *judicium duplex* de la poursuite inconsidérée du demandeur.

Il y a deux interdits *retinendæ possessionis*, l'un pour les immeubles, l'autre pour les meubles. Ils sont appelés d'après les premiers mots de l'édit, qui s'y rapportent, le premier *uti possidetis* [6], le second *utrubi*. Anciennement l'interdit *utrubi* se distinguait par quelques particularités. Notamment on y donnait gain de cause à la partie qui avait possédé la chose litigieuse pendant la plus grande partie de l'année et dont la possession n'était pas vicieuse à l'égard de la partie adverse [7]. Il était donc autant *recuperandæ* que *retinendæ possessionis*. Pour calculer le temps pendant lequel les parties avaient respectivement possédé, elles joignaient à leur posses-

[4] Gaius, IV, 160. — § 7, I., *de interdictis* 4, 15. Fr. 2, pr. D., *de interd.* 43, 1. — Fr. 3, pr. § 1, D., *uti possidetis* 43, 17.

[5] Ce caractère de *judicium duplex* était déjà indiqué dans l'édit du préteur : « Uti... nec vi, nec clam nec precario ALTER AB ALTERO possidetis... » Fr. 1. pr. D., *uti possid.* 43, 17.

[6] « Uti eas ædes, quibus de agitur, nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis : quo minus ita possideatis, vim fieri veto. » Fr. 1, pr. D., *uti possid.* 43, 17. — Festus v. *possessio* nous cite un autre texte, qui porte *fundum* au lieu de *ædes* « Uti nunc possidetis eum fundum, quo de agitur, quod nec vi, nec clam, nec precario alter ab altero possidetis, ita possideatis; adversus ea vim fieri veto. » — Y avait-il originairement deux interdits, l'un pour le *fundus*, l'autre pour les *ædes* ; ou bien le texte de Festus est-il peut-être une rédaction plus ancienne?

[7] « Utrubi hic homo, quo de agitur, majore parte hujusce anni fuit : quominus is eam ducat, vim fieri veto. » Fr. un. pr. D., *utrubi* 43, 31. — Voyez Gaius, IV, 150-152. — Paul, *S. R.*, V, 6, 1. — *Vatic. fragm.* 293. — § 4, I., *de interd.* 4, 15 et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 156, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Majore parte anni possedisse quis intelligitur etiam si duobus mensibus

sion celle de leurs auteurs, *accessio possessionis* [8]. Dans le droit nouveau ces particularités ont disparu, et l'interdit *utrubi* est soumis aux mêmes règles que l'interdit *uti possidetis* [9].

§ 174. *Des interdits* recuperandæ possessionis.

Nous trouvons trois interdits ayant pour but de nous faire recouvrer une possession perdue.

1° L'interdit *unde vi* ou *de vi* [10]. Anciennement il y en avait deux espèces : l'un pour le cas de violence exercée à main armée, *vis armata;* l'autre pour cause de toute autre violence grave, *vis quotidiana*. Ces deux espèces ont été fondues par la suite en un seul et même interdit [11]. — Cet interdit était donné au possesseur d'un *immeuble* [12], qui en avait été expulsé par des voies de fait graves exercées contre lui, *atrox vis*, ou par suite d'une crainte fondée de pareille violence [13]. Justinien l'accorde même pour le cas, où quelqu'un s'est emparé illégalement d'un immeuble sans avoir exercé de violence envers le propriétaire [14]. — On peut l'intenter non-seulement contre le coupable, mais encore contre celui qui a donné l'ordre de l'agression et contre le maitre des

possederit, si modo adversarius ejus aut paucioribus diebus, aut nullis possederit. »

[8] Gaius, IV, 151.

[9] § 4, I., *de interdictis* 4, 15. — Voyez aussi Fr. 1, § 1, D., *utrubi* 43, 31 passage qui sans doute est une interpolation des compilateurs.

[10] Tit. D., *de vi et de vi armata* 43, 16. — Tit. Th. C., *unde vi* 4, 22. — Tit. J. C., *eod.* 8, 4. — Pour l'ancien droit voyez les discours de Cic., *pro Tullio* et *pro Cæcina ;* Gaius, IV, 154 sq.; Paul, *S. R.*, V, 6.

[11] Cicéron, *pro Cæcina* 31. « ... Ad duas dissimiles res duo disjuncta interdicta sunt... » — L'inscription même du titre au Digeste indique cette ancienne division.

[12] Paul, *S. R.*, V, 6, 5. — Fr. 1, § 3-8, D., *de vi* 43, 16. Dans ce passage au § 6, Ulpien semble dire qu'on n'a pas besoin d'un interdit *recuperandæ possessionis* pour les choses mobilières, parce qu'à l'égard de ces choses on peut se servir de l'*actio furti*, de l'*actio vi bonorum raptorum*, ou de l'*actio ad exhibendum*. Nous verrons ci-après, quand nous traiterons de ces actions, que l'argument n'est pas tout à fait exact, puisqu'elles exigent toutes des conditions qui ne se trouvent pas toujours nécessairement dans la *possessio ad interdicta*.

[13] Fr. 1, § 3, D., *de vi* 43, 16. — Cf. Fr. 1. 3, § 1, D., *quod metus causa* 4, 2.

[14] L. 11, C., *unde vi* 8, 4.

esclaves qui l'ont commise [15]. Les héritiers n'en sont point tenus, mais ils peuvent être poursuivis par une *in factum actio* pour autant qu'ils se trouvent enrichis par suite du fait de leur auteur [16]. — Le but de l'interdit est d'obtenir la restitution de l'immeuble dont on a été expulsé et des dommages et intérêts [17]. — A l'égard de ces derniers, il se prescrit par le laps d'une année utile; après ce délai il n'est plus donné que pour autant que le défendeur se trouve enrichi [18]. Outre la prescription, le défendeur pouvait anciennement opposer l'exception de la possession vicieuse de son adversaire, en soutenant que celui-ci avait possédé à son égard *vi, clam aut precario*. Cette exception cessait quand l'expulsion s'était faite à main armée. Dans le droit nouveau elle est entièrement abolie [19].—Au reste, l'interdit *de vi* lui-même a perdu beaucoup de son importance par suite d'une constitution de Valentinien III, d'après laquelle celui qui s'empare de vive force d'une chose mobilière ou immobilière est toujours obligé de la restituer, et perd en outre son droit de propriété si la chose lui appartenait, ou doit en payer la valeur estimative, si elle ne lui appartenait pas [20].

2° L'interdit *de clandestina possessione*. D'après un passage du Digeste il paraît qu'un interdit de ce nom était anciennement accordé dans le cas où quelqu'un nous avait privé clandestinement de la possession d'un immeuble [21]. Depuis qu'il fut admis

[15] Cicéron, *pro Tullio*, 44. — Fr. 1, pr. § 11-20. Fr. 3, § 10-12. Fr. 4. 16 D., *de vi* 43, 16.

[16] Fr. 1, § 48. Fr. 2. Fr. 3, pr. Fr. 9, D., *eod.*

[17] Fr. 1, § 1. 31. 40. 41. 42. Fr. 6. 15. 19, D., *eod.* — L. 4, C., *unde vi* 8, 4.

[18] Fr. 1, pr. § 39, D., *eod.*; L. 2, C., *eod.* — Anciennement cette restriction ne s'appliquait pas au cas où la violence avait été faite à main armée, *vis armata*. Cic., *ad famil.* XV, 16.

[19] Cicéron, *pro Cæc.*, 8. 22. 32; *pro Tullio* 44. — Gaius, IV, 154 sq. — Paul, *S. R.*, V, 6, 7. — Fr. 14, D., *de vi* 43, 16. — § 6, I., *de interdictis* 4, 15. « ... Is, qui dejecit, cogitur restituere possessionem, licet is ab eo, qui vi dejecit, vi, vel clam, vel precario possidebat. »

[20] (L. 3, Th. C., *unde vi*). L. 7, J. C., *unde vi* 8, 4. — D'après M. de Savigny, § 40, cette constitution aurait eu pour effet d'étendre l'interdit *de vi* aux choses mobilières; mais abstraction faite de ce que pareille extension n'est mentionnée nulle part il est à remarquer que le remède introduit par Valentinien n'est point une action possessoire, puisqu'il est accordé même aux simples détenteurs. Toutefois, de fait, cette constitution a ôté presque toute importance à l'interdit *de vi*.

[21] Fr. 7, § 5, D., *communi dividundo* 10, 3. — Sur l'importance pratique de cet interdit, voyez ci-dessus la note 93.

qu'on ne peut plus perdre la possession des immeubles d'une manière clandestine, l'interdit est devenu inutile et s'est trouvé naturellement remplacé par l'interdit *de vi*. Aussi n'est-il plus mentionné dans nos sources.

3° L'interdit *de precario* [22]. L'origine de cet interdit remonte probablement au temps où les possesseurs du domaine public avaient l'habitude d'abandonner à leurs clients l'usage des terres qu'ils ne cultivaient pas eux-mêmes [23]. Cette faveur, accordée *precario*, pouvait être révoquée, et l'interdit servait à forcer le client à la restitution du bien qui lui avait été concédé. Dans le principe il n'eut lieu qu'à l'égard des immeubles ; par la suite, quand le *precarium* fut appliqué aux choses mobilières, l'interdit fut également étendu à ces choses [24]. Nous aurons l'occasion d'en montrer l'application au titre du gage et au livre III. — L'interdit tend à la restitution de la chose et au payement des dommages et intérêts [25].

TITRE PREMIER.

DE LA PROPRIÉTÉ.

NOTION ET INTRODUCTION HISTORIQUE.

§ 175. *Introduction historique. 1. Propriété romaine. Dominium Quiritarium.*

Si nous jetons un coup d'œil sur les deux législations qui se partagent aujourd'hui l'Europe, une observation nous frappe tout d'abord. C'est qu'elles font dériver exclusivement de l'autorité de l'État le pouvoir absolu de l'individu sur une chose que nous désignons par le mot *propriété*. L'idée de la propriété individuelle, du moins en ce qui concerne les immeubles, était étrangère aux anciens Germains. Après la conquête, à la vérité, elle commence à

[22] Tit. D., *de precario* 43, 26.

[23] Voyez ci-dessus § 11.

[24] ISIDORE, *Orig.*, V, 25. Voyez aussi ci-dessus la note 12.

[25] Fr. 2, pr. D., *de precario* 43, 16. « Ait Prætor : QUOD PRECARIO AB ILLO HABES, AUT DOLO MALO FECISTI, UT DESINERES HABERE, QUA DE RE AGITUR, ID ILLI RESTITUAS... — Fr. 2, § 1. Fr. 8, § 3-6, D., *eod.*

prendre place parmi leurs institutions; mais alors même le droit de propriété n'existe que comme émanation de l'État ou de la commune, et il n'est reconnu que pour autant que ces autorités publiques l'accordent et la garantissent[1]. Enfin aujourd'hui encore le transfert d'un immeuble ne s'opère en droit germanique qu'au moyen de l'*investiture judicia ire* [2].

De même à Rome la propriété était octroyée par l'État, et originairement elle l'était dans une proportion qui lui ôtait toute importance pratique. Le lot de terre attribué à chaque patricien était de deux arpents, espace à peine suffisant pour la maison et le jardin [3]. Mais en dehors de cette propriété individuelle, le père

[1] Il est facile de distinguer, dans le développement historique de la propriété immobilière chez les Germains, les trois périodes suivantes : 1° Absence de toute propriété individuelle. Le territoire appartient à tous. 2° Par suite des conquêtes et de l'accroissement des richesses mobilières, on admet une propriété individuelle; mais elle dérive de l'État, et ne peut être transférée que dans l'assemblée du peuple. 3° Enfin on n'exige plus pour le transfert de la propriété que l'assentiment de la famille et l'intervention de l'autorité judiciaire. — Nous ne pouvons point ici entrer dans les détails, ni fournir toutes les preuves : toutefois les passages suivants indiquent à grands traits les points que nous venons de signaler. 1° Jules-César, *de bello gallico* IV, 1 ; en parlant des Suèves : « Sed privati ac separati agri apud eos nihil est; » et des Germains en général VI, 21. 22 : « Germani multum ab hac consuetudine (Gallorum) differunt : nam neque Druides habent... neque quisquam agri modum certum aut fines habet proprios; sed magistratus ac principes in annos singulos gentibus cognationibusque hominum, qui una coierunt, quantum eis, et quo loco visum est, agri attribuunt, atque anno post alio transire cogunt. Ejus rei multas adferunt causas... » Tacite, *Germania,* c. 26. « Agri pro numero cultorum ab universis per vices occupantur, quos mox inter se secundum dignationem partiuntur... » — 2° *Lex Ripuariorum,* c. 59, § 1. « Si quis alteri aliquid accipere vendiderit, et emtor testamentum (i. e. instrumentum) venditionis voluit, *in mallo* hoc facere debet. » *Mallus* est l'assemblée du peuple. La loi des Ripuaires est du sixième siècle. — 3° Enfin au treizième siècle on n'exige que l'intervention de l'autorité judiciaire et l'assentiment de la famille. « Si quelqu'un a vendu ou donné un immeuble ou un serf sans avoir obtenu le consentement des agnats, ceux-ci peuvent reprendre la chose aliénée sans être obligés de rembourser le prix d'achat. — Même avec ce consentement et l'intervention de justice on ne peut point aliéner tous ses immeubles; on doit garder un demi-arpent de terre, ou au moins un emplacement assez grand pour former une cour dans laquelle une voiture peut tourner. » *Miroir des Saxons*, I, 52, 34.

[2] Mittermaier, *Lehrbuch des deutschen Privatrechts*, § 200. — Runde, *Grundsätze des deutschen Privatrechts,* § 239. — Zachariæ, *Geist der deutschen Territorialverfassung*, page 226.

[3] Varron, *de re rust.* I, 10; *de lingua lat.* V, 4. — Columella, *de re rust.* I, 3.

de famille avait la jouissance du domaine public dont l'étendue augmentait à chaque nouvelle conquête. Il paraît, à la vérité, que la quotité de terres assignée aux plébéiens était plus considérable —elle comprenait sept arpents [4] ;—mais ce fait même prouve combien on attachait peu d'importance à la propriété individuelle. D'ailleurs cet excédant de propriété accordé à la plèbe n'était certes pas une compensation suffisante pour la privation des droits politiques et de l'usage du domaine de l'État. — Quoi qu'il en soit, les transactions entre particuliers, les distributions nouvelles de terres, les usurpations fréquentes des possesseurs du domaine public, et surtout l'immense accumulation des richesses mobilières finirent par modifier cet état de choses et par donner une influence très-grande à la propriété individuelle [5]. Cependant on maintint jusque sous l'empire le principe que la propriété des choses qui originairement avaient constitué la principale richesse du citoyen [6], ne pouvait être transmise que sous la garantie de la nation même ou de l'autorité constituée [7] ; savoir, par *mancipation*, acte solennel fait devant cinq témoins, représentant les cinq classes du peuple, ou par *in jure cessio,* acte fait devant le préteur [8]. Toute autre aliénation ne transférait point à l'acquéreur la propriété civile de la chose transmise; mais il pouvait donner le caractère de propriété à sa possession, s'il la continuait publiquement pendant un certain temps, *usucapio* [9]. Les choses dont la propriété

PLINE, *H. N.*, XVIII, 2.— SICULUS FLACCUS, *de condit. agror.* (p. 15, ed. Gœs., p. 53, ed. Giraud.) — Voyez aussi DENYS D'HAL., II, 7. — TITE-LIVE, IV, 47. VIII, 11. 20. On trouve des renseignements intéressants sur toute cette matière dans M. GIRAUD, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains.* Aix, 1838.

[4] VARRON, *de re rust.* I, 2. — COLUMELLA, *de re rust.* I, 4. — PLINE, *H. N.*, XVIII, 2. — Cf. CIC., *de rep.* II, 18. — TITE-LIVE, V, 24. 30.—DIODORE, XIV, 112.— VALÈRE-MAX., IV, 3. 5 ; — Voyez en général, sur les distributions des terres, NIEBUHR, *Hist. rom.*, t. II, p. 177. 184. 704. et suiv.—WALTER, *Gesch. des R. R.*, page 43, notes 24 et suiv.

[5] Voyez ci-dessus § 21.

[6] « Res pretiosiores. » GAIUS, I, 192.

[7] Nous ne parlons ici que de la transmission de particulier à particulier; car dans les ventes faites par la république, la garantie de l'État est de droit.

[8] GAIUS, II, 18-22. 41.—ULPIEN, I, 16, XIX, 3. 7-9.—Voy. § 129, notes 11. 21.

[9] Car la tolérance de tous les citoyens à l'égard d'une possession publiquement exercée équivaut au consentement de la nation. L'usucapion est à la mancipation, ce que le droit coutumier est à la loi votée dans les comices, *voluntate omnium sine lege comprobatur.* — GAIUS, II, 41 (III, 80). ULPIEN, I, 16.

ne pouvait être transférée que de la manière décrite, étaient appelées *res mancipi;* les autres de moindre importance, pour l'aliénation desquelles la simple remise d'homme à homme, *traditio,* était suffisante, s'appelaient *res nec mancipi* [10].

Les savants ont beaucoup discuté sur le fondement de cette division [11]. D'après les renseignements que nous trouvons dans les anciens, il paraît évident que les *res mancipi* étaient surtout les choses nécessaires à l'agriculture; et il n'est pas invraisemblable que la mancipation, et par conséquent toute notre division, doivent leur origine à Servius Tullius qui, en créant cette institution, avait probablement pour but de faire participer les plébéiens à la protection du droit des Quirites. On mentionne comme étant *res mancipi* : les fonds italiques, tant les champs que les maisons, avec les servitudes rurales y attachées, les esclaves, les bœufs, les chevaux, les mulets et les ânes [12], toutes choses qui évidemment avaient un rapport direct avec l'agriculture [13], et constituaient la principale richesse du citoyen, du moins dans les premiers temps de Rome.

[10] Ulpien, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum dominia ipsa traditione adprehendimus, scilicet si ex justa causa traditæ sunt nobis. » — Gaius, II, 18. 20. — Au reste les *res nec mancipi*, aussi bien que les *res mancipi*, pouvaient être l'objet de la propriété *ex jure Quiritium*, à la seule exception des fonds provinciaux. (Ci-après note 20). L'opinion contraire confessée par quelques auteurs est insoutenable en présence des passages suivants : Gaius, II, 196. Ulpien, XXIV, 7; — Gaius, II, 43; — Ulpien, XIX, 8.

[11] Parmi le grand nombre d'auteurs qui ont écrit sur cette matière nous nous bornons à citer : Cujas, *Paratitla ad Tit. C., de usucap. transform.* — Van Bynkershoek, *Opusculum de rebus mancipi et nec mancipi;* dans ses *Opusc. varii argumenti n° 2.* — Trekell, *Tr. de origine atque progressu testamenti factionis,* et une critique du même auteur dans les *Hamburgische Berichte.* — Meerman, *Dissert. exhibens nonnullas de rebus mancipi et nec mancipi earumque mancipatione conjecturas.* Lugd. Batav. 1741. — Hugo, *Geschichte des Röm. Rechts*, p. 509 et suiv. de l'éd. XI, et Schilling, *Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte,* p. 153 et suiv. — Les divers systèmes des auteurs sont exposés dans la *Chrestomathie* de M. Blondeau, t. I, p. 196.

[12] Ulpien, XIX, 1. « Omnes res aut mancipi sunt, aut nec mancipi. Mancipi res sunt prædia in Italico solo, tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus; item jura prædiorum rusticorum, velut via, iter, actus aquæductus. (Gaius, II, 17. 29); item servi et quadrupedes quæ dorso collove domantur, velut boves, muli, equi, asini. Ceteræ res nec mancipi sunt; elephanti et cameli, quamvis collo dorsove domentur, nec mancipi sunt, quoniam bestiarum numero sunt. » — Voyez aussi Gaius, I, 120. II, 16. 17. — *Vatic. Fr.* 259. — Cic., *pro Flacco,* 32.

[13] Cela résulte particulièrement de ce que les servitudes urbaines ne sont pas

Après cette digression, revenons à notre matière. La propriété garantie par la république, *ex jure Quiritium*, jouissait en vertu de cette garantie même d'une protection absolue contre quiconque oserait en troubler l'exercice. A l'effet de s'y maintenir, le propriétaire avait une action qui suivait la chose partout, une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio* [14]. Or, pour que l'on pût appeler une chose sienne *ex jure Quiritium*, il fallait la réunion des trois conditions suivantes : capacité personnelle de l'individu, capacité de la chose, mode d'acquisition conforme au droit civil des Romains. Quand l'une de ces conditions manquait, le droit que l'on pouvait avoir sur une chose, n'était pas *ex jure Quiritium* [15]. La chose pouvait faire partie de nos biens, être *in bonis* [16]; mais notre pouvoir n'était pas garanti de la manière absolue dont nous venons de parler. Ce n'est pas à dire, que celui qui avait une chose *in bonis* fût privé de toute protection; il avait sans doute les interdits possessoires, quand il se trouvait dans les conditions nécessaires pour en faire usage : mais son droit n'avait pas ce caractère absolu que la revendication donnait à la propriété romaine. Cependant, à mesure que les idées primitives s'effacèrent, le droit civil perdit de sa rigueur, et les institutions libres du *jus gentium* commencèrent à obtenir une protection plus efficace. Par suite de ce rapprochement mutuel, nous trouvons à la fin une si grande analogie entre la propriété du *jus gentium* et celle *ex jure Quiritium*, que Justinien se crut obligé de sanctionner légalement une fusion qui s'était déjà presque opérée de fait.

Pour bien saisir la marche de ce développement successif, nous allons rapidement passer en revue les différents cas, dans lesquels la propriété n'était pas *ex jure Quiritium*, et montrer de quelle manière on est parvenu à les assimiler à la propriété romaine.

comptées parmi les *res mancipi;* et même de la controverse dont parle Gaius, II, 15. « ... (Equus, bos...) statim, ut nata sunt, mancipi esse putant : Nerva vero, Proculus et ceteri diversæ scholæ auctores non aliter mancipi esse putant, quam si domita sunt... »

[14] Voyez ci-dessus § 135 et les formules d'actions que nous y avons citées aux notes 15 et 16.

[15] Gaius, II, 40. « Sequitur, ut admoneamus, apud peregrinos quidem unum esse dominium, ita ut dominus quisque sit, aut dominus non intelligatur. Quo jure etiam populus Romanus olim utebatur : aut enim ex jure Quiritium unusquisque dominus erat, aut non intelligebatur dominus... »

[16] Gaius, II, 40. « ... Sed postea divisionem accepit dominium, ut alius

§ 176. 2. *Propriété du jus gentium.* Dominium bonitarium.

Les causes qui empêchent que, dans un cas donné, la soumission d'une chose au pouvoir de l'homme n'ait le caractère de propriété romaine sont au nombre de trois. Elles proviennent soit de l'incapacité du propriétaire, soit de l'incapacité de la chose, soit enfin du mode d'acquisition.

A. *Incapacité du propriétaire.* Les *peregrini*, n'ayant pas le *commercium*, étaient incapables d'avoir une chose *ex jure Quiritium* [17]. Nous n'avons pas de données exactes sur la manière dont on envisageait leur propriété; mais tout porte à croire que le préteur finit par leur accorder une *in rem actio* en les considérant comme citoyens au moyen d'une fiction [18]. Quoi qu'il en soit, il est certain que cette cause d'incapacité perdit beaucoup de son importance après l'ordonnance de Caracalla qui accorda le droit de cité à tous les sujets de l'empire, et qu'elle disparut entièrement par suite des constitutions de Justinien relatives au même objet [19].

B. *Incapacité de l'objet.* Les immeubles dans les provinces ne pouvaient être propriété privée *ex jure Quiritium*. Les Romains ne voulaient pas même admettre de propriété naturelle à leur égard; ils n'accordaient aux détenteurs qu'un droit de possession et d'usage; car, disaient-ils, la propriété en appartient au peuple romain [20]. En vertu de cette fiction, ils imposaient aux fonds provinciaux une rente annuelle, *vectigal*, qui prit naturellement le caractère d'une contribution publique [21]. C'est particulièrement par

possit esse ex jure Quiritium dominus, alius in bonis habere. » — Le même I, 54. « Ceterum, cum apud cives Romanos duplex sit dominium (nam vel in bonis, vel ex jure Quiritium, vel ex utroque jure cujusquam servus esse intelligatur...) »

[17] Voyez ci-dessus § 33, notes 50-52.

[18] Gaius, IV, 37. « Item civitas romana peregrino fingitur... » — D'après Cic., *ad Attic.* VI, 1, 12 les édits des préteurs et des proconsuls dans les provinces contenaient des dispositions à cet égard. — Aussi Gaius, II, 40 parle-t-il de *dominium apud peregrinos*.

[19] Voyez ci-dessus § 53, notes 59-61 et § 74, note 45.

[20] Gaius dit : *au peuple et à l'empereur* II, 7. « In provinciali solo... dominium populi romani est vel Cæsaris : nos autem possessionem tantum et usumfructum habere videmur... »

[21] Voyez ci-dessus § 32, note 27-29. C'est pourquoi on appelait ces immeubles *prædia stipendiaria* ou *tributaria*.—Aggenus (Simplic.), éd. Goes., p. 76. — Le même, éd. Goes., p. 38. — *Vatic. fragm.* 61. 259. 283. — § 40, I., *de rer.*

cet impôt foncier que les fonds provinciaux différaient des fonds italiques. Aussi quand Maximin eut privé le sol de l'Italie de l'immunité d'impôt, le droit de possession sur les immeubles dans les provinces se trouvait de fait assimilé à la propriété romaine, du moins quant aux effets [22]. Il restait à la vérité une différence notable quant à l'acquisition : car les modes d'acquérir du *jus civile*, particulièrement la *mancipation*, la *in jure cessio* et l'*usucapion* ne s'appliquaient point aux fonds provinciaux. Mais les deux premiers modes finirent, comme nous le verrons ci-après, par tomber complétement en désuétude; et du temps de l'empire nous trouvons dans les provinces sous le nom de *longi temporis possessio* ou *præscriptio* une institution qui se développe d'une manière si analogue à l'usucapion qu'elle n'en diffère guère à la fin que par le laps de temps requis pour l'acquisition [23]. Aussi n'hésite-t-on plus du temps de Dioclétien à donner le nom de *dominium* ou de *propriété* à la possession légale des fonds provinciaux [24]. L'assimilation de cette propriété *juris gentium* avec la propriété romaine était d'ailleurs devenue d'autant plus facile que le nombre des fonds italiques était considérablement diminué et que par conséquent les dispositions légales qui s'y rapportaient exclusivement avaient perdu beaucoup de leur importance.

C. *Défaut résultant du mode d'acquisition.* Ici se présentent particulièrement deux cas :

1° Lorsque quelqu'un avait acquis une *res mancipi* sans observation des formes prescrites, par exemple, par simple tradition, la chose lui appartenait sans aucun doute, elle faisait partie de ses biens, *in bonis*. Par là il avait tout ce qui constitue la matière de la propriété; bien plus, sa propriété naturelle pouvait être changée en propriété romaine au moyen de l'usucapion : mais tant que ce

divis. 2, 1. — Souvent aussi on distingue entre ces deux termes en donnant le nom de *stipendiaria* aux immeubles dans les provinces du peuple ou du sénat, dont les contributions tombent dans l'*ærarium*, et celui de *tributaria* à ceux dont les contributions sont versées dans la caisse de l'empereur. Voyez ci-dessus § 57 et Gaius, II, 21. — Théophile, ad § 40, I., *de rer. div.* 2, 1. — *Vat. fragm.* 289.

[22] Aggenus (Simplic.), éd. Goes., p. 76. « Vindicant tamen inter se non minus ex æquo ac si privatorum agrorum. »

[23] L. un. C., *de nudo jure Quirit. tollendo* 7, 25. — L. un. C., *de usucapione transformanda* 7, 31. — Voyez ci-après § 195.

[24] *Vat. fragm.* 283. « Si stipendiariorum proprietatem dono dedisti. » 315. Dominium rei tributariæ. » 316. « Tributarii prædii dominus. »

changement n'avait pas été opéré, l'ancien possesseur conservait le *jus Quiritium*, par la raison qu'il ne s'en était pas dessaisi [25]. En vertu de ce droit, qu'on appelait dans ce cas *nudum jus Quiritium* [26], il continuait de jouir des actions attachées à la propriété romaine; particulièrement il pouvait intenter la revendication et poursuivre la chose partout où il la trouvait. Il est vrai que l'acquéreur pouvait le repousser au moyen de l'*exceptio doli;* mais comme cette exception est purement personnelle, elle ne pouvait point être opposée à ceux auxquels l'ancien propriétaire aurait cédé ou mancipé son *jus Quiritium*. Pour obvier à cet inconvénient, le préteur créa une exception analogue, mais d'une application plus étendue, au moyen de laquelle l'acquéreur ou ses ayants cause pouvaient repousser non-seulement celui qui leur avait vendu et remis la chose, mais encore tous ceux qui tenaient leur droit du même auteur, *exceptio rei venditæ et traditæ* [27]. — Ainsi le propriétaire naturel était protégé contre toute action; mais cette protection ne lui suffisait pas quand il avait perdu la possession de la chose, avant d'avoir accompli l'usucapion. Pour combler cette lacune, le préteur Publicius inventa une formule, par laquelle il considérait l'acquéreur comme ayant déjà accompli l'usucapion. Par suite de cette action fictive, appelée *Publiciana in rem actio* et qui produisait les mêmes effets que la revendication [28], l'acquéreur avait donc les mêmes avantages que s'il avait eu la propriété romaine, et le *nudum jus Quiritium* n'était plus qu'un simulacre de droit [29].

[25] Voyez en général Gaius, II, 41. — Ulpien, I, 16. 23. — Nous ne pouvons entrer dans les détails que quand nous traiterons des cas particuliers. Cependant pour prouver que celui qui avait une chose *in bonis* jouissait matériellement des avantages réels de la propriété, il suffit de faire observer que l'on acquérait par l'esclave dont on n'avait que la propriété bonitaire. Gaius, I, 54. 167. II, 88. III, 166. — Ulpien, XIX, 20.

[26] Gaius, I, 54. III, 166. — Par contre, on appelait *ex utroque jure dominus, pleno jure dominus* celui qui réunissait la propriété naturelle et celle *ex jure Quiritium*. Gaius, I, 54. III, 80; Théophile, I, 5, 4. — Il pouvait se faire que quelqu'un eût le *nudum jus Quiritium* d'une chose, sans qu'aucun autre l'eût *in bonis*, par exemple le maître d'un esclave affranchi sans les formalités requises par le *jus civile*. Gaius, III, 56. — Ulpien, III, 4.

[27] Aucun passage de la loi ne dit expressément que l'*exceptio rei venditæ et traditæ* a été créée pour ce cas. Mais l'analogie de la *Publiciana actio* donne à cette hypothèse un degré de probabilité qui équivaut à la certitude.

[28] Voyez ci-dessus § 43, page 90, et surtout le passage de Gaius, IV, 36, qui y est transcrit. Voyez aussi le Fr. 6, D., *de Publ. in rem. act.* 6, 2, comparé avec Fr. 28, in f. D., *de noxalib. act.* 9, 4 ci-après note 32.

[29] Une conséquence du *nudum jus Quiritium* est encore mentionnée par

2° Il nous reste à parler d'un cas qu'on pourrait désigner par le nom de *propriété prétorienne* [30]. Les préteurs créèrent divers modes d'acquérir qui donnaient à la personne qui en usait un pouvoir réel analogue à la propriété. Il suffit de citer ici deux exemples que nous avons déjà mentionnés, savoir : l'envoi dans les biens d'un défunt, *bonorum possessio*, et l'envoi en possession des biens d'un débiteur récalcitrant afin de le forcer à exécuter le commandement du préteur [31]. Les envois en possession, n'étant pas des modes d'acquérir du droit civil, ne donnaient pas la propriété *ex jure Quiritium;* mais comme la personne qui avait obtenu un envoi en possession pouvait changer sa possession en propriété romaine au moyen de l'usucapion, et qu'en attendant elle trouvait toujours protection auprès du préteur [32], il est évident, que son droit équivalait de fait à la vraie propriété. Aussi s'habitua-t-on à y appliquer également les termes *in bonis* et *dominium* [33].

OBSERVATION. Comme nous venons d'indiquer l'origine de la *Publiciana in rem actio,* il ne sera pas hors de propos de faire connaitre une autre application qui en a été faite postérieurement. La *Publiciana actio* repose sur la fiction, que celui qui n'a fait que commencer une usucapion est considéré comme s'il l'avait déjà accomplie. Or, l'usucapion était également un moyen d'acquérir pour celui qui avait acquis de bonne foi et en vertu d'un juste titre une chose de quelqu'un qui n'était pas propriétaire. La for-

ULPIEN, XI, 19, qui dit que d'après la loi Junia Norbana, la tutelle du *latinus Julianus* appartient à celui qui l'avait *ex jure Quiritium* avant l'affranchissement.

[30] Quelques auteurs, d'après l'exemple de ZIMMERN, donnent le nom de *propriété prétorienne* à toute propriété *non civile.* Cette extension ne nous paraît point admissible.

[31] Voyez ci-dessus § 43 (pages 91 vers la fin et 92), ainsi que § 154. — D'autres exemples de propriété prétorienne sont : L'envoi en possession accordé à celui qui a acheté les biens d'un failli, *bonorum emtor.* GAIUS, IV, 35. — L'esclave adjugé pour cause de délit au cas que le maître ne se présente pas pour le défendre, *servus ex noxali causa jussu prætoris ductus.* Fr. 2, § 1, D., *si ex noxali causa* 4, 9; Fr. 28, D., *de noxal. act.* 9, 4 et Fr. 6, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. — Voyez encore GAIUS, II, 255-258. — Fr. 24, § 1, D., *familiæ erc isc.* 10, 2. — Fr. 63, pr. D., *ad Sc. Trebell.* 36, 1. — Fr. 2, § 19, D., *pro emtore* 41, 4.

[32] Ainsi la *Publiciana actio* est accordée à celui qui a obtenu l'adjudication d'un esclave *ex noxali causa.* Fr. 28, in f. D., *de noxal. act.* 9, 4. Cf. Fr. 6, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2.

[33] GAIUS, III, 80. — Fr. 28, in f. D., *de noxal. act.* 9, 4. — Fr. 1, D., *de bonor. possess.* 37, 1. — Fr. 16, § 16. 17. 33, D., *de damno infecto* 39, 2.

mule Publicienne, qui d'abord n'avait été inventée que pour le propriétaire bonitaire, fut donc appliquée par analogie au possesseur de bonne foi qui était en état d'usucaper. A cet effet, on n'avait qu'à y faire un petit changement : et c'est avec ce changement que nous trouvons l'action Publicienne dans le Digeste [34]. — Après cette observation, nous allons résumer dans un tableau les divers cas de propriété ou de rapports analogues, avec les actions qui servent à les protéger :

Propriété.	Actions
I. *Ex jure Quiritium*, qui suppose, 1° capacité du sujet, 2° capacité de la chose et 3° mode d'acquérir conforme au droit civil.	Rei vindicatio.
II. *Juris gentium. In bonis.*	
1° Pour défaut de capacité du sujet. *Peregrini.*	
2° Pour défaut de capacité de la chose. *Fundi provinciales.*	
3° Pour défaut de mode d'acquisition conforme au droit civil.	Publiciana in rem actio.
a) Acquisition d'une *res mancipi* par tradition.	
b) Propriété prétorienne.	
Possession de bonne foi.	

§ 177. 3° *Propriété du droit nouveau. — Terminologie.*

En examinant attentivement les divers cas de propriété en dehors du *jus civile,* et les modifications que le développement successif des institutions légales avait apportées au système romain, on s'aperçoit aisément que, du temps de Justinien, l'ancienne distinction avait perdu presque toute importance. En effet l'incapacité fondée sur la qualité de *peregrinus* s'était effacée depuis Caracalla et avait

[34] A comparer la formule donnée par Gaius et le passage de l'édit qui se trouve dans la compilation de Justinien : Gaius, IV, 36. « Si quem hominem A. Agerius emit et is ei traditus est, anno possedisset. tum si eum hominem, de quo agitur, ejus ex jure Quiritium esse oporteret. » — Fr. 1, pr. D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. « Si quis id, quod traditur ex justa causa non a domino, et nondum usucaptum petet, judicium dabo. »

été entièrement abolie par Justinien; la division en fonds italiques et fonds provinciaux n'existait plus que de nom, si l'on fait abstraction de l'usucapion; le *nudum jus Quiritium* n'était plus qu'une ombre de droit, et les formalités solennelles qui avaient été en usage pour l'aliénation des *res mancipi* étaient naturellement tombées en désuétude; la propriété prétorienne l'emportait partout sur la propriété purement civile. Cependant les anciens termes existaient encore et la lettre de la loi n'était pas d'accord avec les faits. Justinien, en s'occupant de la réforme de la législation, s'aperçut de cette contradiction apparente. Il résolut de la faire cesser, en sanctionnant légalement un état de choses qu'il n'était plus permis de méconnaitre. A cet effet, il publia deux constitutions, l'une ayant pour but d'abolir le *nudum jus Quiritium* [35], l'autre, par laquelle il mit les fonds provinciaux sur la même ligne que les fonds italiques [36].

Par suite de ces réformes, il n'y a plus dans le droit nouveau qu'une seule espèce de propriété. L'ancienne division en *res mancipi* et *res nec mancipi* a entièrement disparu, la *mancipatio* et la *in jure cessio* sont remplacées par la simple tradition, l'*usucapion* et la *longi temporis præscriptio* sont fondues en une seule institution applicable à toute chose qui est dans le commerce. Quant aux moyens de protection, la *revendication* est accordée à toute propriété; l'*exceptio rei venditæ et traditæ* ne peut plus être appliquée dans le cas pour lequel elle avait été créée d'abord, mais elle présente encore quelque utilité pratique dans d'autres cas (§ 190). Il en est de même de la *Publiciana in rem actio,* qui est accordée dans le droit nouveau au possesseur de bonne foi en état d'usucaper (§ 204).

Il nous reste à dire quelques mots sur la terminologie. Dans le principe, les Romains n'avaient pas de mot pour exprimer l'idée abstraite du droit de propriété. Le propriétaire disait : *hæc res mea est ex jure Quiritium* [37]. Du temps de Cicéron, le mot *mancipium* servait à désigner la propriété romaine [38]. Plus tard nous trouvons *dominium legitimum, dominium, proprietas* [39].—Pour désigner

[35] L. un. C., *de nudo jure Quiritium tollendo* 7, 25.

[36] L. un C., *de usucapione transformanda, et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi* 7, 31. Cette loi est de l'an 531.

[37] Cicéron, *in Verr.* II, 2, 12; *pro Murena* 12. — Gaius, I, 54. II, 40. 196. — Ulpien, I, 16. 23, etc.

[38] Cicéron, *epist. ad famil.* VII, 29. 30.

[39] Varron, *de re rust.* II, 10, 4 parle déjà du *dominus legitimus*.

la propriété en dehors du jus civile, on employait la locution *in bonis esse, in bonis habere* [40]. Les auteurs modernes, en s'appuyant de l'exemple de Théophile, ont créé le terme *dominium bonitarium*, auquel ils opposent la propriété romaine sous le nom de *dominium Quiritarium* [41]. — A partir du troisième siècle de l'ère chrétienne le droit bonitaire est aussi appelé *dominium* ou *proprietas* [42], et dans la législation de Justinien ces deux mots sont les termes techniques pour désigner la propriété unique du droit nouveau.

§ 178. *Nature du droit de propriété.*

De la définition que nous avons donnée de la propriété, il résulte que ce droit est de sa nature absolu et exclusif.

1° Il est *absolu* en ce sens que le propriétaire peut disposer de la chose comme bon lui semble, quand même il nuirait par là à autrui. Toutefois la manifestation de ce pouvoir peut être modifiée soit dans l'intérêt public et général, soit dans l'intérêt particulier d'un autre. Nous traiterons de ces modifications dans le paragraphe suivant.

2° Le droit de propriété est *exclusif*. Le propriétaire peut empêcher tout autre de disposer de la chose qui lui appartient. Toutefois la manifestation de ce pouvoir peut également être modifiée de différentes manières que nous exposerons avec plus de détail au paragraphe suivant. — Nous en avons déjà parlé sommairement dans l'introduction (§ 160); nous y avons démontré en effet qu'il est possible de démembrer du droit de propriété certaines manifestations et de les ériger en droits séparés, lesquels droits, appelés *jura in re*, nous donnent le pouvoir de disposer d'une manière plus ou moins étendue de la chose d'un autre. Mais nous avons également eu soin de faire observer que ces démembrements ne peuvent jamais aller jusqu'à priver le propriétaire de la possibilité de disposer lui-même de sa chose. Ce principe est de l'essence de la propriété. Il en résulte particulièrement que deux ou plu-

[40] Gaius, I, 54. — Ulpien, I, 16. XIX, 20.

[41] « *Δεσπότης βονιτάριος — δεσπότης jure Quiritario.* » Théophile, ad § 3, I., *de libertinis* 1, 5.

[42] Voyez ci-dessus la note 24. Dans Gaius se trouvent même deux passages qui pourraient faire croire que les termes techniques *meum, tuum esse* étaient déjà de son temps appliqués au propriétaire bonitaire. Gaius, I, 167. « Cujus et in bonis et ex jure Quiritium ancilla fuerit. » II, 41. « Impleta usucapione pleno jure incipit, id est, et in bonis, et ex jure Quiritium tua res esse. »

sieurs personnes ne peuvent point avoir chacune la propriété entière de la même chose. Car il est impossible que les volontés de deux personnes différentes s'appliquent librement au même objet [43]. C'est à tort que quelques commentateurs parlent d'un * *condominium plurium in solidum* *. Cette idée, qui ne saurait se concilier avec l'essence du droit de propriété, ne se trouve point dans la législation romaine. Nous nous réservons de démontrer ci-après la fausseté d'une application qu'on en a faite sous les noms de *dominium directum* * et *dominium utile* * [44]. Mais nous sommes obligé de dire ici quelques mots d'une autre invention des auteurs modernes qui a donné naissance aux termes *dominium civile* et *dominium naturale* ou *dormiens* *. Par là on veut dire que de deux personnes l'une peut exercer légalement et pleinement le droit de propriété, tandis que l'autre tient le même droit comme en cachette, de manière qu'à une certaine époque il puisse revivre et sortir tous ses effets : d'où le nom *dominium dormiens* ou *quiescens*. Cette erreur bizarre doit principalement son origine à une constitution de Justinien, qui à la vérité ne se distingue point par une rédaction exacte et précise [45]. Cette constitution règle les droits de la femme à l'égard des biens qu'elle apporte au mari pour soutenir les charges du ménage, *dos*. Le mari devient propriétaire de ces biens; mais en les recevant il s'oblige à les restituer éventuellement après la dévolution du mariage. De ce chef la femme a contre lui une action qui est naturellement *in personam*. Or il peut se faire que le mari ait contracté beaucoup de dettes et que l'action en restitution devienne ainsi inutile ou au moins insuffisante. Pour mettre la femme à l'abri de ce danger, plusieurs lois lui accordent différents priviléges, et dans la loi citée Justinien lui donne le droit de reprendre en nature les choses qu'elle a apportées en dot, et cela de préférence à tout autre créancier. L'empereur donne comme motif de cette disposition que les biens dotaux ont d'abord appartenu à la femme et que même ils sont

[43] Fr. 5, § 15, D., *commodati* 13, 6. « ... Duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse. » Voyez aussi ci-dessus § 165, note 13.

[44] Voyez ci-après au titre *de l'emphytéose*. Titre III.

[45] L. 30, C., *de jure dotium* 5, 12. « In rebus dotalibus, sive mobilibus sive immobilibus, seu se moventibus, si tamen exstant... mulierem in his vindicandis omnem habere post dissolutum matrimonium prærogativam jubemus, et neminem creditorum mariti, qui anteriores sunt, posse sibi potiorem causam in his per hypothecam vindicare... »

restés sa propriété pendant le mariage, sinon d'après la loi, du moins *naturaliter* [46]. C'est sur cette expression et sur le terme *vindicare* qui se trouve dans la loi, que les commentateurs ont établi leur *dominium naturale* ou *dormiens*. Nous montrerons ci-après au titre *du mariage*, que le raisonnement de Justinien n'est point fondé; nous y établirons que le mari seul est propriétaire des biens dotaux durant le mariage et que la femme n'a *aucun droit réel* sur eux. Seulement, après la dissolution du mariage elle peut en demander la restitution; et pour rendre ce droit plus efficace Justinien lui permet de les reprendre en nature, ce qui lui donne un grand avantage sur les autres créanciers du mari. Toutefois, dit la loi, ce privilége ne lui est accordé à l'égard des biens dotaux que *si tamen exstant*. Ces mots ne disent point, *pourvu qu'en général ces choses existent encore;* car pareille disposition serait absurde par excès de trivialité. Le seul moyen de leur donner un sens raisonnable, c'est de les préciser en suppléant à la phrase : *apud maritum, pourvu que ces choses se trouvent encore chez le mari*. Il en résulte, que ce n'est pas en vertu d'un droit de propriété que la femme reprend les biens dotaux, car dans cette hypothèse elle pourrait les reprendre partout où elle les trouverait; mais en vertu d'un droit d'obligation extrêmement privilégié.

3° Le droit de propriété est *irrévocable*. Nous avons montré au § 162, que cette conséquence découle des deux caractères distinctifs de la propriété que nous venons d'analyser. En effet, si ce droit est exclusif, il est évident qu'il ne peut point dépendre de la volonté d'un étranger de le faire cesser malgré le propriétaire. D'un autre côté, de ce qu'il est absolu, il résulte que les dispositions que le propriétaire fait légalement à l'égard de la chose doivent être maintenues et sortir leurs effets, quelles que soient d'ailleurs les relations personnelles qui peuvent exister entre lui et d'autres personnes. Cette règle a surtout une grande importance dans les cas où l'acte sur lequel se fonde l'acquisition de la propriété contient d'autres dispositions par lesquelles l'acquéreur s'oblige à restituer éventuellement la chose qu'il vient d'acquérir [47]. Ainsi, en supposant que j'aie vendu à Pierre un fonds de

[46] L. 30, C., *citée*. « ... Cum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio... »

[47] Nous rappelons l'observation que nous avons faite au § 122, note 41, savoir, que les actes qu'on qualifie ordinairement de convention sous clause résolutoire, contiennent en réalité deux conventions différentes, ayant pour but, l'une de créer un droit, l'autre de le résilier éventuellement.

terre, et que nous soyons convenus que la vente sera résiliée en ma faveur au cas que telle condition se réalise, quel sera l'effet de l'accomplissement de cette condition résolutoire? Certes, si Pierre possède encore le fonds, il sera condamné à me le restituer; mais s'il l'a vendu à Paul, je ne pourrai point contre ce dernier me prévaloir de la convention résolutoire que j'ai conclue avec Pierre. De ce chef, je devrai m'en tenir à celui avec qui j'ai contracté, et qui sera condamné à me tenir indemne du dommage qu'il m'a causé en se mettant dans l'impossibilité d'exécuter son engagement. De même, si pendant le temps qu'il était propriétaire, Pierre avait établi des *jura in re* sur le fonds, je devrais le reprendre dans l'état où il se trouverait, c'est-à-dire, grevé des *jura in re,* sauf à exercer mon recours contre Pierre du chef de la perte qu'il m'a occasionnée en diminuant ainsi la valeur de l'immeuble. C'est en vain que je soutiendrais que Pierre n'a pu transférer à Paul plus de droit qu'il n'en avait lui-même; car les conventions particulières que j'ai conclues avec Pierre, tout en établissant une obligation entre nous deux, n'ont pu affecter son droit de propriété. En effet pour qu'il en fût autrement, il aurait fallu que je me fusse réservé un droit réel sur le fonds vendu; et cela n'est pas : car la loi n'admet que deux espèces de droits réels, savoir la propriété et les *jura in re.* Or le contenu de notre convention ne constitue point un droit qui puisse entrer dans une catégorie quelconque des *jura in re;* et quant à la propriété, il n'en peut être question, d'abord parce que la même chose ne peut avoir deux propriétaires, ensuite parce que la propriété ne se transfère point par simple convention. Malgré la réserve que j'ai faite, je ne pourrai donc point revendiquer le fonds dans les mains d'un tiers acquéreur : je n'aurai de recours que contre Pierre avec qui j'ai contracté. En d'autres termes je ne pourrai faire valoir mon droit de révocation que *in personam.* — Telle est la règle qui découle de la nature du droit de propriété, et qui est également sanctionnée par la législation romaine [48]. Toutefois on y a dérogé positivement dans deux cas, dans lesquels on admet que la clause résolutoire

[48] Voyez entre autres Fr. 75, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 6, D., *de rescind. vend.* 18, 4. — Fr. 21, § 5, D., *de act. emti* 19, 1. — Fr. 12, D., *de præsc. verb.* 19, 5. — Fr. 3, D., *quib. mod. hypoth.* 20, 6. — Fr. 43, § 8, D., *de Æd. ed.* 21, 1. — L. 2, C., *de rescind. vend.* 4, 44. — L. 2, C., *de pact. inter emt.*, 4, 54. — L. 4, C., *de Æd. ed.* 4, 58. — L. 7, C., *de revoc. donat.* 8, 56.

ajoutée à l'aliénation d'une chose peut exercer son effet *in rem*, c'est-à-dire que le vendeur pourra la faire valoir contre quiconque se trouve en possession de la chose même ou d'un *jus in re* établi sur la chose après l'aliénation. Ces deux cas exceptionnels sont [49] : 1° Celui à qui une chose a été léguée sous condition suspensive peut, après l'accomplissement de la condition, revendiquer la chose léguée non-seulement contre celui qui était chargé de lui remettre la chose, mais encore contre quiconque se trouve en possession de la chose [50]. 2° Celui qui a vendu une chose sous condition que la vente sera comme non avenue si, dans un certain temps, un autre lui fait des offres plus avantageuses, *in diem addictio*, peut faire valoir cette clause résolutoire non-seulement contre l'acheteur originaire, mais contre tout autre possesseur [51]. Dans l'un comme dans l'autre cas, la révocation s'exercera donc *in rem*, c'est-à-dire, celui en faveur de qui elle est établie prendra la chose partout où il la trouvera, et il la prendra libre de toutes les charges dont elle aura pu être grevée. C'est à ces exceptions qu'on peut appliquer la règle : * *Resoluto jure concedentis, resolvitur jus concessum* *, à laquelle on donne souvent une extension arbitraire qui est d'autant moins justifiable que, la révocation *in rem* étant contraire à la nature de la propriété, nous ne pouvons point l'admettre, sans qu'une disposition précise de la loi nous y autorise.

Observation. Nous avons traité la question difficile de l'irrévocabilité de la propriété sans nous occuper des théories modernes à ce sujet. Cependant comme elles sont toutes plus ou moins différentes de la nôtre, nous analyserons brièvement celle qui s'en éloigne le plus. D'après cette théorie, la propriété est de sa nature également irrévocable ; mais elle peut être rendue révocable, soit

[49] A ces exceptions générales nous pouvons ajouter les dispositions spéciales en matière de donation, qui se trouvent L. 1, C., *de donat. quæ sub modo* 8, 55, et que nous expliquerons aux endroits convenables.—D'après les Fr. 8, D., *de lege comm.* 18, 3 et L. 4, C., *de pact. inter emt.* 4, 54, on pourrait également être tenté de croire, que la révocation s'exerce *in rem* dans les ventes faites avec pacte commissoire ; mais l'opinion contraire, qui est consacrée expressément par la L. 3, C., *de pact. inter emt.* 4, 54, nous paraît devoir être préférée. Voyez ci-après au livre III.

[50] Fr. 66, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 12, § 5, D., *de usuf.* 7, 1. — Fr. 69, § 1, D., *de leg. I* (30).—Fr. 7, D., *de adim. leg.* 34, 4.—Fr. 105, D., *de cond. et dem.* 35, 1. — Voyez au reste ci-après livre V.

[51] Fr. 41, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 4, § 3. 4, D., *de in diem addict.* 18, 2.

par la loi, soit par suite d'une disposition de l'homme. On distingue deux espèces de propriété révocable, l'une **ex tunc**, l'autre **ex nunc**. La première est celle dont la cause de révocation se trouve déjà dans l'acquisition, et dont les effets par conséquent remontent au moment de l'acquisition, *ex tunc;* la seconde est celle qui résulte d'un fait postérieur à l'acquisition et dont les effets ne commencent qu'à partir du moment de la révocation même, *ex nunc.* On voit que ces deux termes désignent ce que nous avons exprimé en disant que la clause résolutoire exerce son effet *in rem*, ou *in personam :* mais il suffit d'un moment de réflexion pour se convaincre qu'il est contraire à toute logique d'appliquer le mot *propriété révocable* au dernier cas. Il ne peut être question de *propriété* révocable que quand la révocation s'exerce *in rem* ou *ex tunc.* — Cette seule inexactitude suffirait pour rejeter la terminologie des commentateurs; mais la théorie même, à laquelle elle s'applique, est erronée et très-dangereuse en ce qu'elle admet qu'il dépend de la volonté de l'homme de donner arbitrairement à la propriété le caractère de révocabilité. Aussi est-il impossible dans ce système d'indiquer le principe d'après lequel il faut juger les divers cas qui peuvent se présenter. Le seul moyen de sortir d'embarras, serait de rechercher l'intention des parties. Mais comme cette intention est presque toujours exprimée par rapport à la résiliation de la convention et non point par rapport au droit de propriété, la difficulté reste entière. Pour l'éluder, les commentateurs ont imaginé que la révocation serait *ex tunc* quand les parties se seraient exprimées *verbis directis*, et qu'elle serait simplement *ex nunc* quand elle aurait été stipulée *verbis obliquis.* Cette règle est de fort peu d'utilité, parce qu'elle exige elle-même de nouvelles explications, et de plus, les explications qu'on voudrait en donner ne s'accordent point avec nos sources. — Nous nous proposons de démontrer avec plus de détail au livre III le vice de cette théorie qui doit probablement son origine à l'influence de la garantie, *Gewähre,* du droit germanique.

§ 179. *Modifications et restrictions apportées au droit de propriété.*

Nous avons dit, dans le paragraphe précédent, que le droit de propriété peut être limité dans ses manifestations de différentes manières, pourvu que les restrictions qui y sont apportées n'en détruisent point l'essence. Nous allons exposer rapidement les modifications les plus importantes qui peuvent se présenter.

1. *Copropriété.* * *Condominium.* * S'il est vrai que deux ou plusieurs personnes ne peuvent point avoir *chacune* la propriété de la même chose *en entier*, rien n'empêche cependant qu'une chose appartienne *en commun* à plusieurs propriétaires. C'est ce rapport que les Romains expriment en disant, que ces plusieurs personnes ont la chose *pro indiviso* [52]. Toutes ensemble ont le droit de propriété; mais aucun des copropriétaires pris séparément n'a ce droit soit à la chose en entier, soit à une partie déterminée de la chose. Il s'ensuit qu'aucune disposition ne peut être prise relativement à *la chose* sans le consentement de tous les copropriétaires [53]. Cependant chacun d'eux est libre de disposer de son *droit*, particulièrement il peut l'aliéner [54]; et par l'aliénation il transfère à l'acquéreur sa part intellectuelle, *pars indivisa*, dans le droit de propriété. De même chaque copropriétaire peut demander le partage réel de la chose [55]. A cet effet il a une action en partage, appelée *communi dividundo*, dont nous expliquerons la nature au livre *des obligations* (livre III).

2. *Jura in re.* Nous avons vu au § 160, que les *jura in re* ont pour effet soit de nous interdire certains modes d'exercer notre propriété, soit d'autoriser un autre à faire quelque chose que nous serions en droit de l'empêcher de faire si notre droit de propriété n'avait pas été limité. Nous exposerons dans la suite la nature des différentes catégories des *jura in re*. Ici il suffit de rappeler que pareille restriction, comme n'étant pas conforme à la nature du droit de propriété, n'est jamais présumée. Celui qui prétend qu'elle existe doit en prouver l'origine, et jusqu'à ce qu'il ait fourni cette preuve, la propriété est censée libre [56]. De même,

[52] Fr. 5, § 15, D., *commod.* 13, 6. Voyez aussi Fr. 4, § 6, D., *finium reg.* 10, 1. — Fr. 6, § 1, D., *comm. divid.* 10, 3.

[53] Fr. 28, D., *comm. divid.* 10, 3. «... In re communi neminem dominorum jure facere quidquam invito altero posse. Unde manifestum est, prohibendi jus esse; in re enim pari potiorem esse causam prohibentis constat. » — Fr. 2, D., *de servit.* 8, 1; Fr. 11, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 10, pr. *de aqua pluvia* 39, 3. — Le fisc jouit d'un privilége particulier. L. 2, C., *de comm. rer. alien.* 4, 52.

[54] Fr. 68, D., *pro socio* 17, 2. — L. 3, C., *de comm. rer. alien.* 4, 52. — L. 12, C., *de donat.* 8, 54. — De là il résulte qu'il peut également hypothéquer sa part. L. un. C., *si comm. res pignori* 8, 21.

[55] L. 5, C., *communi dividundo* 3, 37.

[56] L. 9-11, C., *de servit.* 3, 34. — C'est par le même motif que ces restrictions doivent toujours être interprétées strictement. § 68, pr. D., *de usufr.* 7, 1.

quand un *jus in re* s'éteint, de quelque manière que ce soit, la propriété redevient libre, absolue et illimitée [57].

3. *Restrictions légales*. Enfin la loi impose à l'exercice du droit de propriété certaines restrictions que les commentateurs désignent très-improprement par le nom de *servitudes légales* [58]. Ainsi, quoique la propriété d'un immeuble emporte la propriété du dessus et du dessous [59], le propriétaire du fonds inférieur est tenu de recevoir les eaux qui découlent naturellement du fonds supérieur. De son côté, le propriétaire du fonds supérieur ne peut point faire de constructions par lesquelles le cours naturel des eaux serait changé au préjudice du fonds inférieur [60]. — Le propriétaire d'un fonds doit laisser entre sa propriété et celle de son voisin un espace, qui est de 2 1/2 pieds quand il sépare deux maisons, *ambitus*, *intercapedo* [61], et de 5 pieds quand il sépare des fonds cultivés, *quinque pedes* [62]. — Enfin il y a encore plusieurs autres restrictions faites dans l'intérêt de l'agriculture, de la conservation des bâtiments, et de la sûreté publique [63].

COMMENT LA PROPRIÉTÉ S'ACQUIERT.

§ 180. *Observations générales.*

Pour l'acquisition du droit de propriété il faut 1° une personne capable d'acquérir, 2° une chose susceptible d'être acquise, 3° un mode d'acquisition.

1. Quant à la *personne*, nous avons à remarquer que dans l'ancien droit romain on n'admettait point qu'on pût acquérir par des tiers [64]. Le père de famille acquérait à la vérité par les personnes

— Fr. 13, § 1. Fr. 29, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3.— Fr. 13, § 1, D., *comm. præd.* 8, 4.

[57] § 4, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 3, § 2, D., *de usufr.* 7, 1. —Fr. 30, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2.

[58] On verra ci-après, au titre II, pourquoi ce terme ne peut point être admis en droit romain.

[59] Voyez ci-dessus § 111, note 10, et § 113, n° 1.

[60] Voyez en général sur cette matière Tit. D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ (actione)* 39, 3, et ci-après livre III.

[61] Festus, v. *ambitus*.—Fr. 14, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2.

[62] Déjà d'après la loi des Douze Tables. Voyez ci-après § 193, note 22.

[63] La plupart de ces dispositions trouveront leur place dans le livre III, quand nous nous occuperons du droit de voisinage.

[64] Tit. I., *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9. Pour les détails, voyez ci-après livre IV.

qu'il avait sous sa puissance ; mais nous avons vu ci-dessus, § 97, note 36, que, par rapport aux acquisitions, les membres d'une famille sont censés ne faire qu'une personne avec le chef. Cette acquisition par les personnes sous puissance était même forcée et se faisait à l'insu et malgré la volonté du père. Par contre, on ne pouvait point acquérir par d'autres personnes qu'on aurait chargées de faire l'acquisition, *per liberas personas*. Ce principe se trouve encore écrit dans le droit de Justinien, mais il n'est plus qu'une lettre morte, depuis qu'il fut généralement admis qu'on peut acquérir la possession par de simples mandataires [65]. En effet, l'examen des divers modes d'acquérir la propriété nous montrera, que dans la plupart des cas où il faut un acte positif d'acquisition, cet acte consiste en une prise de possession de la chose dont on veut acquérir la propriété.

2. Quant à la *chose*, il faut qu'elle soit *in commercio*[66]. L'ancienne différence entre les fonds italiques et les fonds provinciaux n'existe plus dans le droit nouveau [67].

3. Le *mode d'acquisition* consiste ordinairement en un acte à faire par celui qui veut acquérir. Il est cependant des cas dans lesquels la propriété nous est acquise par cela seul que telle circonstance a eu lieu. — L'acquisition de la propriété peut être *per universitatem* ou *singularum rerum*. Ce que nous avons dit au § 94 nous dispense de donner des explications sur la valeur de ces termes. Des raisons de méthode nous engagent d'ailleurs à ne traiter ici que de l'acquisition de *choses déterminées*, et même d'exclure de ce livre la succession *in singulas res* à cause de mort. — Une autre division des modes d'acquisition est celle en *modi juris civilis* et *modi juris gentium*, selon qu'ils dérivent du *jus civile* ou du *jus gentium* [68]. Quoique Gaius et Justinien semblent donner cette division comme étant d'une grande importance, elle n'a cependant aucune utilité pratique. On a soutenu, à la vérité, qu'elle en avait eu dans l'ancien droit, parce que les modes civils seuls auraient donné la propriété quiritaire, tandis que les modes naturels

[65] Voyez ci-dessus § 169, n° 3.

[66] Voyez ci-dessus § 111.

[67] Voyez ci-dessus § 176. 177.

[68] Gaius, II, 65. — § 11, I., *de rerum divisione et acquirendo earum dominio* 2, 1. « Quarundam rerum dominium nanciscimur *jure naturali*, quod, sicut diximus, appellatur jus gentium, quarundam *jure civili*. » Fr. 23, pr. D., *de rei vindicatione* 6, 1. — Fr. 1, pr. D., *de acq. rerum dom.* 41, 1.

n'auraient fait acquérir que la propriété bonitaire ; mais cette opinion, quelque plausible qu'elle paraisse au premier abord, ne peut être admise. Il est certain que les modes civils donnaient la propriété civile [69] ; mais des modes naturels pouvaient amener le même résultat. Ainsi il est hors de doute que la tradition transférait la propriété civile des *res nec mancipi* [70] ; l'occupation avait certes pour effet de donner la propriété civile au citoyen romain [71], et l'accession la donnait également quand la chose principale était propriété *ex jure Quiritium* [72]. Aussi nos sources ne font-elles jamais mention de cette division quand elles traitent des différences entre la propriété quiritaire et celle *in bonis* [73] : et cependant ce serait bien là l'endroit de le faire, si réellement les modes civils seuls avaient eu le privilége de conférer la propriété romaine.—Une troisième division des modes d'acquisition est celle en modes *originaires* et modes *dérivés*. Nous avons montré ci-dessus § 94, notes 33, 34, que cette distinction, quoique n'étant pas consacrée par nos sources, est cependant fondée dans la nature des choses et par conséquent d'une grande importance pratique. Aussi la prendrions-nous pour base de notre exposé, si la grande étendue de la matière et la marche positive du droit romain ne nous obligeaient de séparer les modes encore en vigueur dans le droit de Justinien, d'avec les modes de l'ancien droit, abolis ou tombés en désuétude. Nous traiterons donc d'abord de ces derniers, et cet exposé servira d'introduction historique à l'examen plus approfondi que nous ferons des modes du droit nouveau.

Observation. Aucun auteur ancien ne nous a laissé une énumération complète des divers modes d'acquérir la propriété. Cicéron en mentionne quelques-uns dans plusieurs occasions [74]. Varron,

[69] Voyez cependant ci-après § 192, note 14, et *Vatic. fragm.* 47.

[70] Gaius, II, 19-20. — Ulpien, XIX, 7. « Traditio propria est alienatio rerum nec mancipi : harum rerum *dominia* ipsa traditione apprehendimus, scilicet, si ex justa causa traditæ sunt nobis. »

[71] Arg. Gaius, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii ; maxime enim sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent. »

[72] Fr. 11, § 7, D., *de Public. in rem act.* 6, 2. « Quod tamen per alluvionem fundo accessit, simile fit ei cui accedit. »

[73] Bien au contraire, Paul dit au Fr. 22, D., *de rei vindic.* 6, 1 : « In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit. »

[74] Cicéron, *Topica* 5; *de harusp. resp.* 7.

dans un passage de son livre *de re rustica*, expose de combien de manières on peut acquérir la propriété romaine [75]. Ce passage a paru être en contradiction avec un texte d'Ulpien, dans lequel ce jurisconsulte semble vouloir énumérer les modes d'acquérir la propriété de choses déterminées [76]. Mais il est facile de concilier les deux auteurs en tenant compte de l'époque où ils vivaient et du sujet qu'ils traitent [77]. Enfin Théophile cite cinq modes *juris civilis* etquatorze modes *juris naturalis*. Cependant cette énumération n'épuise pas encore toute la matière [78].

Modes d'acquérir de l'ancien droit abolis ou tombés en désuétude.

§ 181.

Ces modes sont tous *juris civilis*.

I. *Mancipatio, mancipium, emancipatio* [79], le mode originaire et usuel de transférer la propriété civile. Dans le principe, la mancipation était tout simplement l'échange d'une chose contre une somme d'argent, qui se faisait en présence du peuple. Celui qui voulait aliéner donnait la chose, l'acquéreur donnait le prix, que l'on pesait au moyen d'une balance [80]. Par la suite, quand on ne pesait plus l'argent, on n'en continuait pas moins

[75] Varron, *de re rustica* II, 10, 4, en parlant de l'achat d'un esclave. « In emtionibus dominium legitimum sex fere res perficiunt : Si hereditatem justam adiit (venditor); si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo jure civili potuit : aut si in jure cessit, cui (qui) potuit cedere, et id, ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e præda sub corona emit; tumve, cum in bonis successioneve cujus publice venit. »

[76] Ulpien, XIX, 2. « Singularum rerum dominia nobis adquiruntur : mancipatione, traditione, usucapione, in jure cessione, adjudicatione, lege. »

[77] Varron ne parle point de l'acquisition *lege*, parce qu'il vivait avant la loi Julia et Papia Poppæa, ni de la *traditio*, parce qu'il traite du *dominium legitimum* d'une *res mancipi*; par contre, Ulpien ne mentionne ni la *sub corona emtio*, parce que de son temps elle était tombée en désuétude, ni la *hereditas* et la *bonorum venditio*, parce que ce sont des modes d'acquérir *per universitatem*. — Voyez M. Giraud, *Recherches sur le droit de propriété chez les Romains*, t. I, p. 218 et suiv.

[78] Théophile, II, 2, pr. et II, 9, 6.

[79] Le mot *mancipium* se trouve déjà dans les XII Tables : Festus, v. *nuncupata*. Le mot *emancipatio* est peu usité dans ce sens.

[80] Voyez ci-dessus § 119, note 11.

d'employer la balance, et ce qui d'abord avait été réel finit par devenir symbolique. C'est ainsi que la mancipation est décrite par les jurisconsultes classiques [81]. Elle se faisait en présence de cinq témoins, qui représentaient probablement les cinq classes de Servius Tullius, *classici testes* [82], et d'un sixième qui tenait la balance, *libripens*. Le prix était représenté par un lingot d'airain, plus tard par une petite monnaie, que l'acquéreur mettait dans la balance en disant : « HANC EGO REM EX JURE QUIRITIUM MEAM ESSE AIO, EAQUE MIHI EMTA EST HOC ÆRE ÆNEAQUE LIBRA. » En même temps il prenait la chose qui devait se trouver sur les lieux quand elle était mobilière; pour les immeubles, on admit la mancipation sans qu'il fût besoin de se rendre sur le fonds. Parmi les personnes qui assistent à la mancipation, on nomme plus tard encore un *antestatus*, lequel était probablement le chef des cinq témoins [83].

La mancipation avait pour effet de transférer la propriété civile à l'acquéreur. Elle était particulièrement en usage à l'égard des *res mancipi;* mais rien ne s'opposait à ce qu'elle fût employée pour l'aliénation d'autres choses, pourvu qu'elles fussent susceptibles d'appartenir à quelqu'un *ex jure Quiritium* [84]. Il était libre aux parties d'ajouter à la mancipation des conventions particulières, *lex mancipii*, auxquelles déjà la loi des Douze tables accordait force obligatoire et dont l'inexécution entrainait pendant longtemps la peine du double [85].

[81] Voyez GAIUS, I, 119-122, transcrits au § 119, note 11.

[82] FESTUS, v. « *Classici* testes dicebantur qui signandis testamentis adhibebantur. » Anciennement les testaments se faisaient aussi *per mancipationem*.

[83] Dans l'épitome de GAIUS du *breviarium Alaricianum* I, 6, 3, l'*antestatus* est mentionné comme un sixième témoin; mais l'analogie avec la forme des testaments nous porte à croire que c'est un malentendu des compilateurs du bréviaire. Au reste, aucun auteur romain ne mentionne l'*antestatus* comme une personne distincte des autres témoins; les deux passages qu'on a l'habitude de citer dans cette question (PRISCIEN, VIII, 4. GRUTER, *Inscriptiones*, p. 1081, n° 1) ne prouvent rien en faveur de l'interprétation du bréviaire.

[84] Cela résulte de TACITE, *Ann.*, I, 73, et de PLINE, *H. N.*, IX, 35. — Il va sans dire que les fonds provinciaux ne pouvaient être mancipés. CIC., *Topica* 10. GAIUS, II, 27. 31.

[85] FESTUS, v. *nuncupata*. « Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto. » — CIC., *de off.* III, 16. « Nam cum ex XII satis esset ea præstari, quæ essent lingua nuncupata. Quæ qui inficiatus esset, dupli pœnam subiret. »

II. *In jure cessio* [86]. Comme la mancipation était le transfert de la propriété sous la garantie du peuple, la *in jure cessio* se faisait sous la garantie de l'autorité constituée. L'acquéreur et celui qui voulait céder se rendaient devant le préteur, *in jus*. Le premier soutenait que la chose qu'il voulait acquérir lui appartenait, en prononçant la formule de la revendication; le second ne contredisait pas et le magistrat attribuait la propriété au revendiquant. La *in jure cessio* n'était donc autre chose que la fiction d'une action en revendication, et c'est par ce motif qu'elle est appelée *legis actio*. Elle parait déjà avoir été en usage avant la loi des Douze tables [87].

Tandis que la mancipation ne pouvait avoir lieu qu'à l'égard des choses corporelles, la *in jure cessio* s'appliquait également aux choses incorporelles, particulièrement aux servitudes et même aux droits de famille [88]. Ni l'une ni l'autre ne pouvaient se faire entre pérégrins, ni relativement aux choses en dehors du *jus Quiritium*. Quand il s'agissait de transférer une chose de ce genre, on était obligé de se servir du mode naturel de la tradition. Mais à l'égard des choses incorporelles qui ne sont point susceptibles de tradition, on se contentait de la simple convention, comme par exemple pour les servitudes à établir sur des fonds provinciaux [89]. — Les différences qui existaient entre la *in jure cessio* et la *mancipatio* expliquent comment ces deux modes de transférer la propriété ont pu rester si longtemps en usage, l'un à côté de l'autre, comme modes réguliers de transférer la propriété romaine, surtout des *res mancipi*. Cependant ils perdirent tous deux beaucoup de leur importance pratique quand la propriété purement naturelle eut obtenu une protection efficace même contre le *nudum jus Quiritium*. Quand le développement successif que nous avons exposé au § 176, C, fut parvenu à son

[86] Gaius, II, 24. Voyez § 119, note 21. — Ulpien, XIX, 9. 10. « In jure cedit dominus, vindicat is, cui ceditur, addicit prætor. »

[87] *Vatic. fragm.* 50.

[88] Ulpien, XIX, 11. « In jure cedi res etiam incorporales possunt, velut ususfructus et hereditas, et tutela legitima libertæ. »

[89] Gaius, II, 31. « Sed hæc scilicet in Italicis prædiis ita sunt, quia et ipsa prædia mancipationem et in jure cessionem recipiunt; alioquin in provincialibus prædiis, sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi... cæteraque similia jure constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest, quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. » 28. « Incorporales res traditionem non recipere manifestum est. »

dernier degré, on comprend aisément que ces modes civils, qui exigeaient des formalités assez compliquées, durent disparaître devant la *tradition*, mode beaucoup plus simple et aussi efficace. La *in jure cessio* était encore en usage du temps de Dioclétien [90]; la *mancipatio* est encore citée dans une constitution de Constantin [91]. Mais dans le droit de Justinien la tradition remplace partout les deux modes civils, et les compilateurs du Digeste ont plus d'une fois changé le texte des jurisconsultes classiques, en substituant le mot *traditio* aux anciens termes [92].

III. *Sub corona emtio.* Les prisonniers de guerre étaient publiquement exposés en vente ceints d'une couronne. Cette vente faite par l'État même donnait naturellement la propriété romaine [93].

IV. *Bonorum sectio* [94], vente de biens échus à l'État, soit par suite de la condamnation criminelle d'un citoyen, soit par suite de conquête, soit enfin par droit d'hérédité [95]. Cette vente comprenait ordinairement un ensemble de biens, mais elle pouvait également avoir lieu à l'égard de choses déterminées [96]. Elle portait aussi le nom de *subhastatio,* du javelot, symbole de la propriété romaine, qui était dressé à l'endroit où la vente se faisait [97]. L'adjudication faite au dernier enchérisseur (de là *auctio*), donnait la propriété romaine. — Dans le droit de Justinien nous trouvons encore les termes *subhastatio* et *auctio* pour désigner des ventes publiques de choses déterminées; mais l'ancienne *bonorum sectio* n'y est plus mentionnée [98].

V. *Lex.* Ulpien mentionne la loi comme un dernier mode d'acquérir [99]. Il entend probablement comprendre sous cette dénomination

[90] *Codex Hermogenianus* VII, 1. — *Consult. vet. Icti* 6.

[91] L. 4. 5, Th. C., *de donat.* 8, 12.

[92] Cf. *Vat. fr.* 80, et Fr. 3, § 1, D. *de usufr. accresc.* 7. 2, etc.

[93] Aulu-Gelle, *N. A.*, VII, 4. Voyez aussi Varron, *de re rustica* II, 10, 4, cité à la note 75.

[94] Varron, *de re rustica* II, 10, 4. — Gaius, III, 154. IV, 146. — Festus, v. *sectores.*

[95] Cicéron, *pro Roscio Amerino* 43; *pro Rabirio* 4. — Tite-Live, XXXVIII. 58. 60. — Jules-César, *de bello Gallico* II, 33.

[96] Cependant dans ce cas on se sert de préférence du mot *auctio.* Cic., *pro Roscio Amerino* 8 in f.; *pro Cæcina* 5. 6.

[97] Festus, v. *hasta.* « ... Hastæ subjiciebantur ea quæ publice venumdabant. »

[98] Fr. 2, § 8. 9, D., *pro emtore* 41, 4. — L. 16, C., *de resc. rend.* 4, 44. — L. 4. 5, C., *de fide hastæ* 10, 3.

[99] Ulpien, XIX. 2. 17.

générale tous les cas dans lesquels la propriété passe de plein droit à quelqu'un en vertu d'une disposition légale. Tels étaient dans l'ancien droit les *caduca* de la loi Julia et Papia Poppæa, ainsi que les *ereptoria* [100] et l'acquisition d'un esclave par droit d'accroissement, modes d'acquérir qui sont abolis dans le droit nouveau [1]. Sous Justinien nous pourrions ranger dans cette catégorie le legs d'une chose appartenant au testateur, l'acquisition de la propriété d'une chose qui nous est vendue par le fisc non propriétaire, etc. —Nous parlerons de ces cas aux endroits convenables.

Modes d'acquérir du droit de Justinien.

§ 182. I. *De l'occupation.*

On entend par *occupation* la prise de possession d'une chose sans maître, faite dans l'intention d'en acquérir la propriété. Cette prise de possession a pour effet de donner la propriété à l'occupant. *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* [2]. Ce mode d'acquisition suppose donc toujours une *res nullius* dans le sens que nous avons indiqué ci-dessus § 111, note 17, savoir une chose qui, tout en étant dans le commerce, n'a point de maître, soit qu'elle n'en ait jamais eu, soit que l'ancien maître l'ait abandonnée. L'occupation peut s'appliquer :

1° Aux immeubles qui se forment par une force naturelle sans être l'accession d'une propriété déjà existante, par exemple les îles qui se forment dans la mer [3].

2° Aux choses mobilières qui ont le même caractère, par exemple les pierres, les perles et autres objets qui se trouvent au fond ou sur les bords de la mer [4].

3° Aux animaux sauvages qui n'ont pas de maître. On en devient propriétaire dès qu'on s'en est emparé, et il faut ici appli-

[100] Voyez ci-dessus § 60, note 43-45, et ci-après livre V.

[1] § 4, I., *de donat.* 2, 7. — Pr. I., *de succ. subl.* 3, 12.

[2] Fr. 3, pr. D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.

[3] § 22, I., *de rerum divisione et acquirendo earum dominio* 2, 1. — Fr. 7, § 3, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.

[4] § 18, I., *eod.* — Fr. 2. 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 5, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 1, § 1, D., *de acq. posses.* 41, 2.

quer toutes les règles que nous avons données sur la prise de possession [5] (V. § 168). Il importe peu que ce soit sur notre fonds ou sur le fonds d'autrui que la capture s'est faite [6]. L'animal pris m'appartiendra même, quand j'ai chassé sur le terrain d'un autre malgré sa défense expresse, sauf au maitre du terrain de me poursuivre du chef de la lésion que je lui ai faite [7]. — Dans nos sources on examine à l'égard de plusieurs animaux la question de savoir s'ils doivent être considérés comme sauvages ou comme domestiques [8]. Cette question est en effet d'une grande importance; car les animaux domestiques ne s'acquièrent point par la simple prise de possession. Dans quelque endroit qu'ils se trouvent, ils continuent d'être la propriété de leur maitre qui peut les revendiquer contre quiconque les retient [9]. Les animaux apprivoisés sont assimilés aux animaux domestiques tant qu'ils ne reprennent pas leur liberté naturelle [10].

4° Aux choses abandonnées, *res derelictæ* [11]. Les choses perdues ou jetées à la mer pour le salut du navire ne sont point considérées comme abandonnées, et celui qui s'en empare sciemment, avec l'intention de les garder, commet un vol [12].

5° Celui qui trouve un trésor en acquiert la propriété par moitié à titre d'occupation. L'autre moitié est considérée comme accessoire du fonds où le trésor a été trouvé [13]. Si le fonds n'a pas

[5] § 12-16, I., *de rer. div.* 2. 1. — Fr. 1. 5. 55, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 3, § 14. 15, D., *de acq. possess.* 41, 2.

[6] § 12, I., *eod.* — Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Voyez surtout le Fr. 55, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Le Fr. 16, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3 n'est point contraire.

[7] Il a de ce chef, selon les circonstances, un interdit possessoire, *uti possidetis* ou *unde vi.* (Fr. 1, D., *uti possidetis* 43, 17; Fr. 11, D., *de vi et vi armata* 43, 16) ou l'*actio injuriarum.* (Fr. 25, D., *de act. emti venditi* 19, 1).

[8] § 12. 14-16, I., *eod.*

[9] § 16, I., *eod.* — Fr. 5, § 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Voy. aussi Fr. 55, D., *eodem.*

[10] Gaius, II, 68. — § 15, I., *de rer. div.* — Fr. 5, § 5, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 3, § 15, D., *de acq. possess.* 41, 2. — Fr. 37, D., *de furtis* 47, 2.

[11] Fr. 1. 23, D., *pro derelicto* 41, 7. — Ajoutez § 46. 47, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 58, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 17, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[12] § 48, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, § 8. Fr. 58, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 21, § 1. 2, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 2, § 8. Fr. 8, D., *ad leg. Rhod.* 14, 2. — Fr. 43, § 4. 11, D., *de furtis* 47, 2.

[13] Cette règle doit son origine à une constitution d'Adrien. § 39, I., *de rer. div.* 2, 1. Avant Adrien, il paraît que le fisc s'attribuait les trésors. Suétone, *Néron* 31; Tacite, *Ann.* XVI, 1. La loi d'Adrien fut modifiée par Antonin le

de maitre, par exemple s'il est *sacer* ou *religiosus*, le trésor appartient en entier à celui qui le trouve [14]. On entend par trésor toute chose de valeur cachée ou enfouie sur laquelle personne ne peut justifier d'un droit de propriété, et qui est découverte par le pur effet du hasard [15]. Si la découverte a eu lieu à la suite de fouilles faites à dessein, l'inventeur n'a aucun droit sur la chose trouvée; elle appartient en entier au propriétaire du fonds [16].

6° Il nous reste à parler d'un cas particulier d'occupation qu'on désigne par le nom de * *occupatio bellica* *. D'après les idées des Romains, les peuples étrangers étaient considérés comme étant sans capacité de droit. Des traités avec la république pouvaient leur rendre plus ou moins de capacité; mais la guerre les en privait toujours. Il en résultait que tout ce qui était trouvé dans les mains d'un ennemi, était considéré comme n'ayant pas de maitre et était susceptible d'être acquis par occupation. Les immeubles étaient toujours occupés pour le compte de la république et faisaient partie du domaine public. Les choses mobilières appartenaient aussi en général à l'État; mais elles pouvaient être acquises en propre par les soldats quand le général avait permis le pillage ou quand la capture se faisait en dehors du service [17]. — Ces principes rigoureux étaient au reste appliqués avec une réciprocité parfaite : les Romains se considéraient eux-mêmes comme étant sans droits vis-à-vis de leurs ennemis. Le Romain fait prisonnier de guerre perdait la liberté civile, les biens pris par l'ennemi cessaient d'appartenir aux citoyens qui en avaient eu la propriété. Mais quel était le sort des prisonniers de guerre et des biens que l'armée romaine reprenait sur l'ennemi? Si l'on raisonne rigou-

Pieux et Vérus, *Divi fratres* (Fr. 3, § 10, D., *de jure fisci* 49, 14), par Constantin (L. 1, Th. C., *de thesauris* 10, 18), par Gratien, Valentinien et Théodose (L. 2, Th. C., *eod.*); enfin l'empereur Léon rétablit la loi d'Adrien avec la modification, que celui qui aurait employé des sortiléges serait déchu de tout droit au trésor. L. un. J. C., *de thesauris* 10, 15. — Voyez sur ces changements législatifs SCHRADER, ad § 39, I., *de rer. div.* et SCHILLING, *Lehrbuch*, t. II, § 136.

[14] § 39, I., *cité*. — La constitution des *Divi fratres*, d'après laquelle, dans ce cas, la moitié appartiendrait au fisc, fut abolie par la loi de Léon.

[15] Fr. 31, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[16] L. un. C., *de thesauris* 10, 15.

[17] Voyez en général ci-dessus § 30, note 4-13. Aux passages cités dans ce § on peut ajouter GAIUS, IV, 16. — Fr. 5, § 7. Fr. 51, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 1, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 12, pr. D., *de captivis* 49, 15.

reusement, ces objets, ayant appartenu à l'ennemi, auraient dû être soumis à l'occupation, le citoyen délivré et les biens repris seraient devenus la propriété soit de l'État, soit du soldat occupant. Cependant il eût été contraire à toute idée de justice, et même à l'intérêt bien entendu de l'État, de réduire en esclavage le citoyen qui était devenu victime de son dévouement pour la patrie. On considérait donc le prisonnier qui parvenait à s'échapper des mains de l'ennemi comme n'ayant jamais été esclave : il recouvrait tous les droits qu'il avait eus avant la captivité [18]. Cette fiction, qu'on appelle *jus postliminii* [19], d'abord introduite en faveur de la liberté personnelle, fut par la suite étendue à la propriété des immeubles et de certaines choses mobilières [20]; c'est-à-dire, si l'armée reprenait les immeubles, ou si des choses mobilières revenaient d'une manière quelconque au pouvoir des Romains ou d'une puissance alliée, la propriété en retournait de plein droit à celui qui l'avait eue au moment où l'ennemi s'en était emparé [21].

§ 183. II. *De la spécification.*

Par ce terme moderne on désigne l'opération au moyen de laquelle nous confectionnons avec la matière d'autrui un objet

[18] Fr. 5, § 2, D., *de captivis* 49, 15.

[19] Gaius, I, 129. — § 5, I., *quib. mod. jus pot. solv.* 1, 12. — Fr. 5, § 1. 2. Fr. 19, pr. D., *de captivis et postliminio reversis* 49, 15.— D'après Cic., *Topica* 8, il y avait controverse sur l'étymologie du mot *postliminium*. Q. Mucius Scævola le croyait composé de *post* et *limen;* Servius le faisait dériver de *post*, en considérant les syllabes *liminium* comme une simple terminaison. Voyez aussi Festus, v. *postliminium*, et § 5, I., *cité*.

[20] Cicéron, *Top.* 8. « Postliminio redeunt hæc : homo, navis, mulus clitelarius, equus, equa, quæ frena recipere solent. »—L. 19, C., *de postlim. reversis* 8, 51. Les armes étaient exceptées du postliminium, parce qu'on considérait comme honteux de les perdre. Fr. 2, § 2, D., *eod.* 49, 15.

[21] Fr. 19, pr. D., *de captivis* 49, 15. « Postliminium est jus amissæ rei recipiendæ ab extraneo, et in statum pristinum restituendæ, inter nos ac liberos populos regesque moribus legibus constitutum. Nam, quod bello amisimus, aut etiam citra bellum, hoc, si rursus recipiamus, dicimur postliminio recipere. Idque naturali æquitate introductum est, ut, qui per injuriam ab extraneis detinebatur, is, ubi in fines suos rediisset, pristinum jus suum reciperet. » — Fr. 14, pr. D., *eod.* « Cum duæ species postliminii sunt, ut aut nos revertamur, aut aliquid recipiamus... » — Voyez en général sur cette matière Tit. D., *de captivis et postliminio reversis* 49, 15. — Tit. C., *de postliminio reversis et redemtis ab hostibus* 8, 51.

nouveau dans l'intention de l'avoir pour nous [22]. Les Romains disent *ex aliena materia speciem aliquam facere* [23].

A qui le nouvel objet, la nouvelle espèce appartiendra-t-elle, au maître de la matière ou au spécificateur? Il y avait à cet égard controverse entre les deux écoles. Les Sabiniens la conservaient au premier, parce que d'après eux l'objet nouveau n'était qu'une modification de la matière. Les Proculéiens, au contraire, l'attribuaient au spécificateur, parce que, disaient-ils, c'est son travail qui produit l'objet nouveau [24]. Justinien décida la controverse en adoptant une opinion mitoyenne. D'après lui, la spécification est dans le droit nouveau régie par les principes suivants :

Si l'objet nouveau peut reprendre sa première forme, il appartiendra au maître de la matière; dans le cas contraire, au spécificateur. Ce dernier en deviendra toujours propriétaire s'il a employé en partie de la matière qui lui appartenait [25].

La raison juridique de l'acquisition par spécification, c'est que l'on considère la chose transformée comme ayant péri, et par conséquent le droit de propriété qu'on avait sur elle, comme éteint [26].

Au reste, quelque précise que soit la règle de Justinien, elle peut présenter des difficultés dans l'application, par la raison que dans un cas donné il peut y avoir doute sur la question de savoir si la modification qu'on a fait subir à une chose, doit être considérée comme spécification; en d'autres termes, si le produit de la

[22] L'intention de faire l'opération *pour nous, nostro nomine,* est de rigueur; car si nous la faisons au nom d'un autre, c'est à lui que la propriété est acquise. Fr. 25. 27, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[23] Fr. 7, § 7, D., *eod.* « Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit... »

[24] Gaius, II, 79. «... Quidam materiam et substantiam spectandam esse putant; id est, ut, cujus materia sit, illius et res quæ facta sit, videatur esse, idque maxime placuit Sabino et Cassio; alii vero ejus rem esse putant, qui fecerit, idque maxime diversæ scholæ auctoribus visum est. » — § 25, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[25] § 25, I., *de rer. div.* 2, 1, et Théophile, *ad h. l.*—Voyez aussi Fr. 24, D., *de a. r. d.* 41, 1, où il faut nécessairement supprimer la négation *non* reverti.

[26] Fr. 26, pr. D., *eod.* « Sed si meis tabulis navem fecisses, tuam navem esse, quia cupressus non maneret, sicuti nec lana vestimento facto, sed cupressum aut lanam corpus fieri. » — Fr. 9, § 3, D., *ad exhib.* 10, 4. « Nam mutata forma prope interimit substantiam rei. »

modification est une espèce nouvelle [27]. Plusieurs cas douteux sont décidés dans les Institutes et dans le Digeste [28].

Observation. Dans la spécification, il y a toujours quelqu'un qui perd : soit le propriétaire de la matière qui perd la chose, soit le spécificateur qui perd sa peine et sa main-d'œuvre. Comme personne ne doit s'enrichir aux dépens d'un autre, cette perte entrainera une obligation à la charge de celui qui gagne. C'est dans le livre des obligations que nous devrions traiter des prétentions qui de ce chef apppartiennent à l'une ou à l'autre des deux parties. Il n'est cependant pas hors de propos d'indiquer ici les moyens que la loi donne afin d'obtenir les dommages et intérêts qui peuvent être dus. 1° Si c'est le propriétaire qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la main-d'œuvre, il doit indemniser le spécificateur, pourvu que celui-ci ait agi de bonne foi, c'est-à-dire, ignorant que la chose appartenait à autrui. Toutefois le spécificateur n'a point d'action pour obtenir le payement des dommages et intérêts, par la raison que ce n'est point le fait du propriétaire qui lui a causé le dommage; la loi ne lui donne qu'un *jus retentionis* jusqu'à concurrence de ce que la chose a gagné de valeur, droit qu'il peut faire valoir au moyen d'une *exceptio doli* contre la revendication du propriétaire. Si le spécificateur a agi de mauvaise foi, il n'a droit à rien [29]. 2° Si c'est le spécificateur qui acquiert l'espèce nouvelle et gagne ainsi la matière, il faut également distinguer s'il a été de bonne ou de mauvaise foi. Dans le premier cas, il est responsable pour autant qu'il se trouve enrichi par suite de son acquisition, et le propriétaire a de ce chef une *in factum actio* [30]. Dans le second cas, il est tenu de tout dommage sans restriction, et le propriétaire a de ce chef contre lui l'*actio ad exhiben-*

[27] Par exemple, la peinture d'un tableau est considérée comme spécification, mais l'opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne l'est point. § 34, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, § 2. Fr. 26, § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[28] D'après le § 25, I., *de rer. div.* l'opération de battre le grain constituerait une spécification : « e spicis frumentum facere; » mais Gaius dit expressément le contraire : « qui excussat spicas, non novam speciem facit, sed eam quæ est detegit. » Fr. 7, § 7, D., *de a. r. d.* 41, 1. Tout fait supposer que la mauvaise rédaction des Institutes est due à la légèreté des compilateurs. En effet ce § est littéralement copié du Fr. cité du Dig., mais l'on a probablement oublié de copier la fin, dans laquelle Gaius rectifie ce que le commencement contient d'inexact.

[29] § 34, I., *de rer. div.* 2, 1. — Voyez aussi ci-après § 187.

[30] Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 31, § 3, D., *de her. pet.* 5, 3. — Fr. 3. 14, D., *de condict. indeb.* 12, 6.

dum. Il peut même être poursuivi comme voleur au cas que son action coupable réunit les caractères du vol [31].

§ 184. III. *De l'accession.* A) *Observations générales. — Droit d'accession sur ce qui est produit par la chose.*

Les modernes appellent droit d'accession le principe en vertu duquel tout ce qui vient de notre chose ou s'y unit de manière à ne faire qu'un avec elle, nous appartient par cela seul que nous sommes propriétaire de la chose principale, sans qu'il faille distinguer si c'est par nous ou par un fait auquel nous sommes étranger, que l'accession a été opérée. *Accessio cedit principali* [32]. Dans cette matière, nous aurons d'abord à nous occuper de ce qui est produit par la chose, ensuite de ce qui s'unit ou s'incorpore à la chose principale de manière à ne faire qu'un avec elle. Dans cette dernière catégorie, nous aurons à distinger l'accession d'immeuble à immeuble, l'accession de choses mobilières à un immeuble, et enfin l'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière [33].

Ce qui est produit par une chose n'est que l'accession de la chose. Ainsi tous les fruits naturels, tant du règne animal que du règne végétal, appartiennent de plein droit au propriétaire de la chose qui les a produits. Il n'importe que ce soit par son fait ou par toute autre cause que les fruits aient été produits [34]. Toutefois dans ce dernier cas, le tiers aura droit à être indemnisé s'il a agi de bonne foi [35]. — Ce que l'esclave produit appartient

[31] Fr. 4. D., *de rei vind.* 6, 1; Fr. 9, § 3, D., *ad exhib.* 10, 4. — Gaius, II, 79. — § 26, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 13, D., *de condict. furtiva* 13, 1. — Fr. 4, § 20, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 52, § 14, D., *de furtis* 47, 2.

[32] Cet adage se trouve au Fr. 19, § 13, D., *de aur. arg. leg.* 34, 2. — Les auteurs modernes disent ordinairement : *Accessorium sequitur suum principale.*

[33] Nous ne parlons pas de l'accession d'un immeuble à une chose mobilière, parce que l'immeuble est toujours le *principale.*

[34] § 19. 32. 37, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 5, § 2. Fr. 44, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 25. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 6, D., *de a. r. d.* 41, 1. — L. 7, C., *de rei vind.* 3, 32.

[35] Il ne peut faire valoir ce droit que pour autant qu'il possède la chose, en opposant à la revendication le *jus retentionis* au moyen de l'*exceptio doli.* Gaius, II, 75. 76.—§ 32, I., *de rer. div.* 2, 1.—Fr. 9, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1. Voyez ci-après § 202, note 91.

également au maitre en vertu du droit d'accession. C'est sur le même principe qu'est fondée la règle du droit romain que tout ce que les membres d'une famille acquièrent appartient au chef de cette famille. Voyez ci-après livre IV.

§ 185. B) *Accession d'immeuble à immeuble.*

1. *Alluvion.* Les atterrissements et accroissements qui se forment successivement et imperceptiblement aux fonds riverains, de même que les relais que forme l'eau courante qui se retire insensiblement d'un fleuve ou d'une rivière, appartiennent aux propriétaires de ces fonds [36].

2. *Insula in flumine nata.* Si une ile se forme au milieu d'un fleuve, elle appartient aux propriétaires riverains des deux côtés en proportion de l'étendue de leurs terrains à partir d'une ligne imaginaire qui sépare le fleuve en deux parties égales. Si elle est entièrement d'un côté de cette ligne, elle appartient exclusivement aux riverains du côté où elle se trouve [37]. — Si le fleuve, en se divisant dans un endroit en deux branches et en se réunissant plus bas, réduit en forme d'ile le champ d'un particulier, ce champ continue d'appartenir à son ancien maître [38].

3. *Alveus fluminis derelictus.* Si un fleuve abandonne en entier son lit ordinaire, le lit abandonné appartient aux propriétaires riverains d'après les mêmes règles que l'ile qui se forme dans un fleuve. Le nouveau lit devient *res publica* [39]. On suit la même règle s'il abandonne son nouveau lit, quand même ce serait pour reprendre l'ancien [40].

Les trois modes d'acquisition que nous venons d'exposer se

[36] Gaius, II, 70. 72. — § 20, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7, § 1 sqq. Fr. 12, pr. Fr. 16. 30, pr. § 1. 2. 3. Fr. 38. 56, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Tit. C., *de alluvionibus* 7, 41.

[37] Gaius, II, 72. — § 22, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7, § 3. Fr. 29. 65, § 1-4, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 1, § 10, D., *de flumin.* 43, 12. — Les îles flottantes sont considérées comme faisant partie du fleuve, c'est-à-dire comme *res publicæ*. Fr. 65, § 2. 4, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[38] § 23, I., *de rer. div.* — Fr. 7, § 4, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 1, § 10, D., *de flumin.* 43, 12.

[39] § 23, I., *de rer. div.* — Fr. 7, § 5. Fr. 30, § 1, D., *de a. r. d.*—Fr. 1, § 7, *de flumin.* 43, 12.

[40] Il serait sans doute plus équitable de rendre le lit abandonné aux anciens propriétaires, comme le dit déjà Gaius, en parlant de la disposition rigoureuse du droit romain : « vix est, ut id obtineat. » Fr. 7, § 5, D., *cité*.

rapportent aux *agri arcifinii* dont les limites ne sont pas tracées par un mesurage authentique, mais données par la conformation physique du sol. Ils ne souffrent point application aux *agri limitati* dont les limites sont fixées par les arpenteurs publics. Le terrain qui peut s'y joindre est considéré comme *res nullius,* et appartient par conséquent au premier occupant. Cette distinction, qui résulte de la nature même de ces deux espèces de propriété immobilière, a été confirmée par une constitution d'Antonin le Pieux [41]. Au reste on comprend aisément que de fait le propriétaire d'un *ager limitatus* acquérait presque toujours l'alluvion, parce qu'il lui était plus facile qu'à tout autre de faire acte d'occupation.

Observation. A ces trois modes d'accession d'immeubles les commentateurs en ajoutent ordinairement un quatrième qu'ils désignent par le nom d'*avulsio.* D'après eux, lorsqu'un fleuve enlève par une force subite une partie d'un champ riverain, et la porte vers un autre champ, le propriétaire de ce dernier acquiert la propriété de la partie enlevée dès le moment qu'elle s'est jointe à son champ de manière à ne former qu'un avec lui, par exemple lorsque les arbres ont poussé des racines sur son fonds. Cette opinion est fondée sur un passage de Gaius, qui se trouve au Fr. 7, § 2, D., *de acquirendo dominio,* 41, 1 [42]. Mais il est plus que probable que la leçon de ce fragment, qui a fait naître la théorie des commentateurs, est erronée. Si on lit avec le manuscrit de Florence *acquisita esse videtur,* certes cette théorie est incontestable, et il faut convenir que la rédaction du passage est telle qu'on s'attend à une décision dans ce sens. Mais il est à remarquer, qu'au § 21, I., *de rerum divisione* 2, 1, qui est la reproduction littérale du fragment cité du Digeste, nous lisons *acquisitæ*

[41] Fr. 16, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 1, § 6. 7, D., *de flumin.* 43, 12. — Voyez en général ci-dessus § 11, note 22 et § 34, notes 70 et suiv. Ajoutez Isidore, *Orig.* XV, 13. « Arcifinius ager dictus est quia certis linearum mensuris non continetur, sed arcentur fines ejus objectu fluminum, montium, arborum, etc. » — Siculus Flaccus, *de conditione agrorum,* éd. Goes., page 3. — Frontinus, *de agrorum qualitate,* éd. Goes., page 38. — Aggenus, éd. Goes., page 45.

[42] (Gaius). Fr. 7, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Quod si vis fluminis partem aliquam ex tuo prædio detraxerit, et meo prædio attulerit, palam est, eam tuam permanere. Plane si longiore tempore fundo meo hæserit, arboresque quas secum traxerit, in meum fundum radices egerint, ex eo tempore videtur meo fundo acquisita esse. » La Vulg. lit vers la fin du passage *videntur meo fundo acquisitæ esse.*

esse videntur [43], c'est-à-dire, que le propriétaire du champ auquel la partie enlevée s'est jointe n'acquiert point cette partie même, mais seulement les arbres qui ont pris racine dans son champ, décision qui est entièrement conforme aux principes généraux (voyez le paragraphe suivant) [44]. La même chose est enseignée par Théophile, et Gaius dans ses commentaires se borne à dire que la partie enlevée continue d'appartenir à l'ancien propriétaire [45]. Ce qui fait cesser le doute, c'est que les *scriptores rei agrariæ* disent de la manière la plus précise que nous ne perdons point la propriété d'une partie reconnaissable de terre qui a été enlevée de notre champ par la force subite d'un fleuve [46].

§ 186 C. *Accession de choses mobilières à un immeuble.*

Dans le cas d'accession de choses mobilières à un immeuble, il est évident que l'immeuble doit être considéré comme la chose principale, et que par conséquent la chose mobilière doit suivre l'immeuble. — Nous avons à distinguer les cas suivants :

1. Le trésor est considéré pour moitié comme accessoire du fonds où il se trouve; il appartient donc pour moitié au propriétaire de ce fonds [47].

2. Quelqu'un a planté des arbres, vignes, etc., sur mon terrain. Ces plantes m'appartiendront dès qu'elles auront la qualité d'accessoire, c'est-à-dire dès qu'elles auront pris racine dans mon terrain. C'est par le même motif qu'un arbre placé près des li-

[43] Le passage des Inst. est presque littéralement calqué sur le passage précédent du Dig.; seulement la fin est conforme à la leçon de la Vulgate.

[44] Voyez aussi la décision analogue du Fr. 9, § 1, D., *de damno inf.* 39, 2.

[45] Gaius, II, 71, dit tout simplement : « Quod si flumen partem aliquam ex tuo prædio detraxerit et ad meum prædium attulerit, hæc pars tua manet. »

[46] Aggenus, éd. Goes., page 56 (éd. Giraud, p. 54). « Circa Padum autem cum ageretur (quod flumen torrens et aliquando tam violentum decurrit ut alvum mutet, et multorum late agros trans ripam, ut ita dicam, transferat, sæpe etiam insulas efficiat) Cassius Longinus, vir prudentissimus, juris auctor, hoc statuit, ut quidquid aqua lambendo abstulerit, id possessor amittat, quoniam scilicet ripam suam sine alterius damno tueri debet : Si vero majore vi decurrens alveum mutasset, *suum quisque modum agnosceret*, quia non possessoris negligentia, sed tempestatis violentia abreptum apparet. » Voyez aussi le même, éd. Goes., p. 69, et Frontinus, *de limit. agror.* éd. Goes., p. 42.

[47] Voyez ci-dessus § 182, note 13.

mites devient commun quand une partie notable de ses racines se nourrit dans le fonds du voisin [48].

3. Quelqu'un bâtit sur son terrain avec les matériaux d'autrui. Il est propriétaire du bâtiment et par conséquent aussi des matériaux parce qu'ils ont perdu leur existence propre et qu'ils ont péri en quelque sorte dans le bâtiment [49]. — Il en résulte que celui à qui les matériaux appartenaient ne peut point les revendiquer [50]. On lui refuse même l'*actio ad exhibendum*, action par laquelle on peut ordinairement poursuivre la séparation de sa chose, quand elle se trouve jointe à une autre, et qui appartient à la catégorie des *actiones in rem scriptæ*. Cependant le droit romain lui accorde une action personnelle, *actio de tigno juncto*, par laquelle il obtient la double valeur des matériaux contre le constructeur, sans distinguer si celui-ci a agi de bonne ou de mauvaise foi. Le motif de cette anomalie, qui se trouve consacrée par la loi des Douze Tables, est d'intérêt public : on ne voulait pas que quelqu'un pût être forcé de démolir un édifice [51]. — Aussi si l'édifice se trouve démoli par la suite, celui à qui les matériaux appartenaient peut les revendiquer, pourvu qu'il n'ait pas déjà obtenu satisfaction par l'*actio de tigno juncto* [52].

4. Quelqu'un bâtit avec ses matériaux sur le terrain d'un autre. Le propriétaire du terrain sera également propriétaire des constructious [53]; toutefois celui qui a fait les constructions pourra revendiquer les matériaux si le bâtiment vient à être démoli [54]. Ce dernier, s'il a agi de bonne foi, aura aussi droit

[48] Gaius, II, 74. 76. — § 31. 32, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7, § 13. Fr. 8. Fr. 9, pr. Fr. 26, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 5, § 3. Fr. 53, D., *de rei vind.* 6, 1.—L. 11, C., *de rei vind.* 3, 32.—Un cas assez bizarre est décidé dans le § 31, I., *cité.* « Si vicini arbor ita terram Titii presserit, ut in ejus fundum radices ageret, Titii effici arborem dicimus; rationem enim non permittere, ut alterius arbor esse intelligatur, quam cujus in fundum radices egisset... »

[49] Gaius, II, 73.—§ 29, I., *de rer. div.* 2, 1.—Fr. 7, § 10-12, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — L. 2. 16, C., *de rei vind.* 3, 32.

[50] Voyez ci-dessus § 143, note 34.

[51] § 29, I., *cité.* — Fr. 49. D., *de rei vind.* 6, 1. — Tit. D., *de tigno juncto* 47, 3. — Voyez aussi Festus, v. « Tignum junctum ædibus vineæque et concapet ne solvito. » — Fr. 1, D., *de tigno juncto* 47, 3.

[52] § 29, I., *cité.* — Fr. 59, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 10. 11, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Le Fr. 2, D., *de tigno juncto* 47, 3 n'est pas contraire, si l'on entend les mots « si tigni furtivi actum sit, » de l'action de vol.

[53] Gaius, II, 73. — § 30, I., *de rer. div.* 2, 1.

[54] Voyez la L. 2, C., *de rei vindicatione* 3, 32. — Cependant le § 30, I.,

à être indemnisé du dommage que la perte de sa propriété lui fait éprouver. Pour faire valoir ce droit, il n'a cependant d'autre moyen que le *jus retentionis* qu'il opposera, sous la forme d'une *exceptio doli*, à la revendication du propriétaire du fonds. Il va sans dire que cette exception ne peut être employée que pour autant que le constructeur se trouve encore en possession du fonds[55]. S'il n'en a plus la possession, le droit romain ne lui accorde aucun moyen pour obtenir réparation du dommage qu'il s'est causé à lui-même. Le constructeur de mauvaise foi n'a aucun droit à des dommages et intérêts; tout au plus peut-il demander à être remboursé des constructions qui doivent être considérées comme impenses nécessaires [56].

Les trois derniers cas dont nous avons parlé dans ce paragraphe sont compris dans la règle des commentateurs : * *Solo cedit, quod solo inædificatur, vel implantatur* *.

§ 187. D. *Accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière.*

L'accession d'une chose mobilière à une autre chose mobilière n'opère un changement de propriété qu'autant que les choses ne peuvent être séparées sans dommage. Car si la séparation est possible, les choses, quoique jointes, continuent d'appartenir à leurs anciens maîtres, et chacun d'eux peut, au moyen de l'*actio ad exhibendum* demander qu'elles soient séparées afin qu'il puisse reprendre la sienne [57].

Si, au contraire, les choses sont unies de manière à ne faire qu'un tout et à ne pouvoir être séparées, il faut appliquer le principe de l'accession, et attribuer la propriété du tout au maître de la chose principale. La question importante à décider est donc celle de savoir laquelle des deux choses unies est la chose principale. D'abord il va sans dire qu'on doit considérer comme accessoire celle qui ne peut exister sans l'autre [58].

de rer. div. 2, 1 refuse ce droit à celui qui a bâti de mauvaise foi, *quia voluntate ejus alienata videtur materia*, et ce motif se trouve également au Fr. 7, § 12, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[55] Fr. 23, § 4, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 33, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Fr. 14, D., *de doli mali exc.* 44, 4. — L. 16, C., *de rei vind.* 3, 32.

[56] § 29, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7, § 10. 11, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 39, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 2, D., *de exc. rei judic.* 44, 2.

[57] Fr. 6. 7, § 2, D., *ad exhib.* 10, 4. — Fr. 23, § 5, D., *de rei vind.* 6, 1.

[58] Voyez ci-dessus § 117, notes 45-47.

Abstraction faite de ce principe résultant de la nature des choses, nos lois ne donnent pas de règle générale : mais en analysant et en comparant les divers cas qui se trouvent décidés dans le Digeste et dans les Institutes [59], on arrive à la conclusion que l'on doit prendre pour chose principale celle qui, sous le rapport de la forme, a le plus d'analogie avec la chose en question [60]. Dans quelques cas il a paru difficile de décider s'il y avait *accessio* ou *specificatio*, en d'autres termes, ce qui de la matière ou de la main-d'œuvre était le *principal*. Justinien a statué pour la peinture, considérée comme art, que la main-d'œuvre l'emporterait sur la matière, tandis que la simple opération d'appliquer des couleurs sur une surface ne constituerait qu'une accession en faveur du propriétaire de la surface [61].

Quant à la question des dommages et intérêts dus à celui qui éprouve une perte par cette accession, les règles sont les mêmes que celles que nous avons données en traitant de la spécification et de la construction sur le terrain d'autrui : 1) Si l'accession a été opérée par celui qui gagne, il doit indemniser le propriétaire de la chose accessoire. Quand il a agi de bonne foi, il n'est tenu que pour autant qu'il se trouve enrichi par son opération, et de ce chef il peut être poursuivi par une *in factum actio* [62]; mais quand il a agi de mauvaise foi, il est tenu de tout dommage et peut même

[59] Telles sont les opérations de tisser ou de broder avec la matière d'autrui; de souder des pièces de métal appartenant à des propriétaires différents, de manière à n'en faire qu'une seule pièce (*ferruminatio*); d'écrire sur le papier d'autrui, etc. Gaius, II, 77. — § 26. 33. 34, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 3, § 14, D., *ad exhib.* 10, 4.

[60] Fr. 23, § 3. Fr. 26, § 1. Fr. 27, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1. — En général le prix ou l'étendue de la chose n'entrent point en compte, « licet pretiosior est purpura, accessionis vice cedit vestimento. » § 26, I., *de rer. div.* 2, 1. — « Nec refert, quanti sit accessio, sive plus in ea sit, quam in ipsa re cui accedat, an minus. » Fr. 34, pr. D., *de cont. emt.* 18, 1. — Voyez cependant Fr. 27, § 2, D., *de rei vind.* 6, 1 et Fr. 29, D., *de auro, argento leg.* 34. 2. « Si, ut habiliter gemmæ geri possint, inclusæ auro fuerint, tum aurum gemmis dicimus cedere. »

[61] Cette question était controversée dans l'ancien droit : elle a été décidée par Justinien en faveur du peintre, à la différence de ce qui a été statué à l'égard de celui qui écrit sur la matière d'autrui. « Cujus diversitatis vix idonea ratio redditur. » Gaius, II, 78. — § 34, I., *de rer. div.* 2, 1. Fr. 23, § 3, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 9, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[62] Fr. 23, § 4. 5, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 3, § 14, D., *ad exhib.* 10, 4. Il y a des règles particulières pour la peinture. Gaius, II, 78; Fr. 9, § 2, D., *de a. r. d.* 41, 1. — § 34, I., *de rer. div.* 2, 1 et Théophile, *ad h. l.* Voyez aussi Schrader, *ad h. l.*

être poursuivi comme voleur s'il y a lieu [63]. 2) Si l'accession a été opérée par celui qui perd, il peut faire valoir ses droits aux dommages et intérêts en usant du *jus retentionis* au moyen de l'*exceptio doli*, pourvu qu'il ait agi de bonne foi et qu'il se trouve en possession de la chose. S'il a agi de mauvaise foi, il n'a droit à rien, à moins que son travail ne puisse être considéré comme impenses nécessaires; le cas échéant il peut même être passible des peines du vol. S'il a agi de bonne foi, mais qu'il ne se trouve plus en possession de la chose, la loi ne lui donne aucun moyen de réparer la perte dont il a été lui-même la cause [64].

Observation. Les commentateurs ont l'habitude de comprendre sous le nom d'*adjunctio* les cas d'accession de choses mobilières dont nous avons parlé dans ce paragraphe, ainsi que ceux des numéros 2, 3, 4 du paragraphe précédent. Pour désigner les diverses opérations qui rentrent dans cette catégorie, nous trouvons aussi dans nos sources plusieurs termes auxquels les auteurs modernes en ont ajouté d'autres, par exemple, * *ferruminatio, textura, scriptura, pictura, inædificatio* *.

§ 188. IV. *De la commixtio et de la confusio.*

On cite souvent comme des exemples d'accession les cas où deux choses différentes, solides ou liquides, sont mélangées ensemble de manière à former un tout homogène quant à la substance, cas que les auteurs modernes désignent par les termes de *commixtio* et *confusio* [65]. Mais de pareils mélanges ne peuvent en aucune manière être considérés comme des espèces d'accession, puisque aucun des corps mélangés ne peut être qualifié de principal ou d'accessoire. Aussi les principes sont-ils tout autres, dans cette matière. D'abord il va sans dire que dans les cas où le mélange se fait d'un commun accord par les propriétaires des choses mélangées, c'est de la volonté commune des parties que dépend la question de savoir à qui le mélange appartient [66]. Lorsque le mélange s'est

[63] § 26. 34, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 52, § 14, D., *de furtis* 47, 2.

[64] Voyez ci-dessus la note 55.

[65] Les commentateurs entendent par * *commixtio* * le mélange de corps solides, et par *confusio* le mélange de corps liquides; les Romains se servent indistinctement des mots *commiscere* et *confundere*. Voy. les passages cités dans les notes suivantes.

[66] § 27. 28, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 5, pr. D., *de rei vind.* 6, 1.

fait sans le consentement de tous les propriétaires, soit par un seul d'entre eux, soit par l'effet du hasard, il faut distinguer : Si les divers corps peuvent être séparés et que les propriétaires puissent reconnaitre ceux qui leur appartiennent, il ne s'opère aucun changement de propriété; chacun reste propriétaire de sa matière. Mais si la séparation est physiquement impossible, le mélange devient commun entre les propriétaires des divers corps, et la part indivise de chacun sera déterminée eu égard à la quantité et à la qualité des choses mélangées [67]. — Dans tous les cas, celui qui a opéré le mélange dans une intention malveillante peut de ce chef être poursuivi en réparation du dommage par une *in factum actio,* et même, le cas échéant, par les actions résultant du vol [68].—Telles sont les règles qui découlent de la nature même des choses, et qui sont confirmées par la législation romaine. Justinien, en suivant l'exemple de Pomponius, semble à la vérité faire une distinction entre le mélange de corps solides et celui de corps liquides; mais un examen approfondi des décisions mêmes de l'empereur prouve que cette distinction n'est qu'une subtilité de mots, et que de fait, dans l'un comme dans l'autre cas, le mélange devient commun, si la séparation des divers corps est physiquement impossible [69].

Ce n'est que dans un cas spécial que les règles que nous venons d'exposer souffrent exception. Si quelqu'un mêle notre argent avec le sien, nous avons dès ce moment perdu la propriété de nos espèces, qui sont censées consommées aussitôt qu'elles sont mélangées avec d'autres pièces de monnaie; mais nous avons une action personnelle contre celui qui nous a causé cette perte [70].

Observation. Il se peut que le mélange de deux liquides, *confusio,* produise un objet nouveau, différent de ce que les deux

[67] § 27, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 3, § 2. Fr. 4, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 7, § 9, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[68] Voyez les passages cités dans les notes 66 et 67.

[69] § 28, I., *de rer. div.* 2, 1. « Quod si casu id (frumentum) mixtum fuerit, vel Titius id miscuerit sine voluntate tua, non videtur commune esse, quia singula corpora in sua substantia durant, nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex communis esse intelligitur, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint. Sed si ab alterutro vestrum id totum frumentum retineatur, in rem quidem actio pro modo frumenti cujusque competit, arbitrio autem judicis continetur, ut is æstimet, quale cujusque frumentum fuerit. » — Fr. 5, pr. D., *de rei vind.* 6, 1.

[70] Fr. 78, D., *de solutionibus* 46, 3.

liquides étaient auparavant. Ce cas doit être jugé d'après les règles de la spécification, c'est-à-dire que la nouvelle espèce appartiendra à celui qui a opéré le mélange, puisqu'il a employé en partie de sa matière propre, sauf les dommages et intérêts dus au propriétaire de l'autre matière [71].

§ 189. V. *De la tradition. — Notion et conditions requises.*

Traditio, dans le sens étendu, signifie l'action de mettre quelqu'un en possession d'une chose [72]; mais dans le sens propre qui nous occupe ici, on entend par *traditio* la remise d'une chose faite par le propriétaire à un autre dans l'intention que ce dernier devienne propriétaire de l'objet délivré [73]. Ce mode d'acquérir suppose donc nécessairement un fait précédent ou simultané, qui fait naître dans les deux parties l'intention commune de transférer et d'acquérir la propriété. La seule intention commune des parties ne suffit pas pour opérer ce transfert; il faut qu'elle soit extérieurement constatée par la remise physique de la chose. C'est ce qui fait dire qu'en droit romain la propriété ne se transfère pas par le seul effet des conventions [74].

La tradition est un mode d'acquérir du *jus gentium ,* et qui dans l'ancien droit ne suffisait pas pour donner la propriété civile des *res mancipi.* Dans le droit nouveau, les modes du droit civil qui étaient employés à cet effet, savoir la *mancipatio* et la *in jure cessio,* ont disparu, et la tradition est devenue le mode général de transférer la propriété [75]. Elle suppose comme conditions essentielles :

A. *Deux personnes,* capables l'une d'aliéner, l'autre d'acquérir. 1) Pour faire tradition, il faut être propriétaire de la chose et avoir la capacité d'aliéner. — Celui qui n'est pas propriétaire ne peut pas transférer un droit qu'il n'a pas lui-même [76]. Il y a cependant une exception pour les aliénations faites par le fisc, lequel, lors même qu'il n'est pas propriétaire, transmet la propriété à

[71] Fr. 5, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 12, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[72] Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[73] § 40, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, § 3, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[74] L. 20, C., *de pactis* 2, 3. « *Traditionibus* et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur. »

[75] Voyez ci-dessus § 176 et 177. — § 40, I., *de rer. div.* 2, 1.

[76] Fr. 20, pr. D., *de a. r. d.* 41,1.

celui à qui il fait tradition d'une chose, sauf à l'ancien propriétaire de prendre son recours personnel contre le fisc [77]. — Quant à la capacité de faire tradition, nous avons vu que les pupilles sont en général incapables d'aliéner [78]. Le mari ne peut aliéner les immeubles qui lui ont été donnés en dot, *fundus dotalis* [79]. — Au reste, il n'est pas nécessaire que la tradition se fasse par le propriétaire en personne; la remise de la chose faite par un représentant en vertu d'un mandat du propriétaire, produit les mêmes effets que si le propriétaire l'avait faite lui-même [80]. Quelquefois même la représentation est forcée, comme dans le cas où le créancier hypothécaire fait vendre la chose hypothéquée ou engagée [81]. 2) Il faut une personne qui accepte la chose dont la tradition doit être faite. Nous rappelons ici ce que nous avons dit au § 168 sur la capacité de la personne qui veut acquérir la possession d'une chose. Toutes les règles que nous y avons données s'appliquent à la tradition, qui n'est qu'une prise de possession faite du consentement du propriétaire. Cette prise de possession peut se faire aussi bien par un représentant que par l'acquéreur lui-même. Dans ce cas, il est à remarquer que l'infidélité du représentant n'empêche point celui au nom de qui il agit d'acquérir la propriété. C'est l'intention de celui qui transfère qui décide, et si cette intention est de transmettre la propriété en faveur du principal, le représentant ne peut point acquérir pour lui-même malgré l'intention qu'il peut avoir de le faire [82].

B. *Remise de la chose.* La tradition étant la mission en possession de celui qui accepte, il faut nécessairement que la chose lui soit remise physiquement [83]. Dans quelques cas il parait au premier abord qu'il n'y a point de remise corporelle; mais un examen plus approfondi montre facilement que ces exceptions ne

[77] § 14, I., *de usucap.* 2, 6. — L. 2. 3, C., *de quadr. præsc.* 7, 73. Cette disposition date de l'empereur Zénon; Marc-Aurèle s'était borné à donner après cinq ans une exception contre la revendication du véritable propriétaire. L. 3, C., *si adversus fiscum.* 2, 37.

[78] Voyez ci-dessus § 120, et § 2, I., *quibus alienare licet* 2, 8.

[79] § 2, I., *quib. alien. licet* 2, 8.

[80] § 42. 43, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 41, § 1, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 9, § 3. 4, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[81] § 1, I., *quib. alien. lic.* 2, 8. — Fr. 46, D., *de a. r. d.* 41, 1.

[82] Fr. 13, D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 37, § 6, D., *de a. r. d.* 41, 1, où les mots *nihil agetur* signifient « l'infidélité du mandataire ne lui profite point. » — Fr. 13. 20, § 2, D., *eod.*

[83] Voyez ci-dessus § 168.

sont qu'apparentes. Premier cas : Pierre détient à titre de location ou à tout autre titre, mais sans *animus possidendi,* une maison qui appartient à Paul. Plus tard Paul lui vend la maison; comment se fera la tradition? Il est évident que le vendeur n'a plus besoin de donner à l'acheteur le pouvoir physique sur la chose, puisque celui-ci l'avait déjà auparavant. Il ne lui faut plus un acte d'appréhension, il acquiert la possession *solo animo.* C'est ce qu'on appelle communément *traditio brevi manu* [84]. Second cas : Paul vend sa maison à Pierre, mais il continue de l'habiter à titre de location. Pour faire tradition, Paul pourrait remettre la maison à Pierre, qui l'y laisserait rentrer après comme locataire. Au lieu de ce détour, il est beaucoup plus simple que Paul continue d'occuper la maison, non plus en son nom propre, mais comme représentant de Pierre. C'est ce que les commentateurs ont appelé * *constitutum possessorium* * [85]. On voit que, dans l'un comme dans l'autre cas, il y a réellement prise de possession et par conséquent tradition. Ce qui fait paraître l'opération quelque peu compliquée, c'est que la même personne agit à la fois en son nom propre et comme mandataire de l'autre contractant [86]. — La remise corporelle de la chose est donc toujours nécessaire : et cela est si vrai, que, dans le cas où le propriétaire n'en a pas la possession, il ne peut y avoir tradition. Cependant on peut arriver indirectement au même but en faisant cession de la revendication, ce qui aura pour effet de donner au cessionnaire le droit de poursuivre la chose partout où il la trouvera [87].

C. *Justa causa.* Il faut que la remise de la chose se fasse dans l'intention commune et respective des deux parties de transférer et d'acquérir la propriété [88]. Si cette intention n'existe pas, il peut

[84] § 44, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 9, § 5. Fr. 21, § 1, D., *de a. r. d.* 41, 1. — Fr. 9, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. — Fr. 9, § 9, D., *de rebus credit.* 12, 1. — Fr. 62, pr. D., *de evict.* 21, 2. Le terme *brevi manu tradere* se trouve Fr. 43, § 1, D., *de jure dot.* 23, 3.

[85] Fr. 18, pr. D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 77, D., *de rei vind.* 6, 1. — L. 28. 35, § 5, C., *de donat.* 8, 54.

[86] « Nam celeritate conjungendarum inter se actionum unam actionem occultari. » Fr. 3, § 12, D., *de donat. inter virum et uxor.* 24, 1. — Voy. sur cette matière M. de Savigny, *Traité de la possession* § 19. 27.

[87] Fr. 35, § 4, D., *de contr. emt.*, 18, 1. — L. 9, C., *de hered. vend.* 4, 39.

[88] Cette intention suppose donc toujours une personne *déterminée* à qui l'on veut transférer la propriété. Aussi c'est à tort que Justinien dit au § 46, I., *de rer. div.* 2, 1. « Interdum et in *incertam personam* collocata voluntas domini

bien y avoir acquisition de la possession, mais non pas acquisition de la propriété [89]. Cette intention commune résulte toujours d'une relation existante entre les deux personnes, et c'est cette relation que les jurisconsultes romains appellent la cause de la tradition. Ce qui donne à une cause la qualité de *justa causa,* relativement à la translation de la propriété, c'est l'intention commune des parties dont nous venons de parler [90]. Dès que cette intention existe, l'effet que les parties se proposaient d'atteindre, sera produit. Il importe peu que la relation qui a fait naitre le sentiment des parties soit légale ou illégale [91]. Quand même les parties seraient dans l'erreur en croyant qu'elle existe, ou qu'elles ne seraient pas d'accord sur le motif du transfert de la propriété : il suffit que l'intention commune y soit, pour qu'il y ait transfert de propriété. Ainsi la loi défend les jeux de hasard, et déclare absolument nulle toute dette provenant de pareils jeux. Néanmoins la tradition de l'enjeu, faite par le perdant, aura pour effet de donner la propriété au gagnant, sauf au premier de répéter la chose comme indûment donnée, au moyen d'une action personnelle [92]. De même si je paye une somme d'argent que je crois devoir, sans que je la doive réellement, celui qui a reçu le payement deviendra propriétaire de l'argent et en disposera valablement, quoiqu'il soit personnellement tenu de le restituer comme indûment payé [93]. Enfin, le dissentiment des parties sur les motifs du transfert est indifférent, pourvu qu'elles soient d'accord sur le transfert même. Si je vous donne de l'argent dans l'intention de vous faire une donation, et que vous le receviez croyant que je vous le prête, il n'y a évidemment ni donation ni prêt, parce qu'il n'y a pas de consentement mutuel ni pour l'un ni pour l'autre; mais comme la donation et le prêt d'argent supposent l'intention de transférer et d'acquérir la propriété,

transfert rei proprietatem. » Les exemples qu'il cite sont des cas d'occupation de choses abandonnées, *res derelictæ*. Voyez § 47, I., *eod.* et Fr. 5, § 1, D., *pro derelicto*. 41, 7.

[89] Par exemple dans la remise d'un gage. Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7 et dans d'autres cas analogues. Voyez Fr. 55, D., *de oblig. et act.* 44, 7.

[90] Fr. 31, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1. « Nunquam *nuda* traditio transfert dominium. Sed ita si venditio aut *aliqua* justa causa præcesserit, propter quam traditio sequeretur. » Il paraît qu'il faut lire *alia qua* au lieu de *aliqua*.

[91] Voyez cependant les dispositions particulières des Fr. 3, § 10. 11, D., *de donat. inter virum et ux.* 24, 1. — Fr. 42, D., *de usurpat.* 41, 3.

[92] Fr. 5, § 1, D., *de condict. sine causa* 12, 7. — L. ult. C., *de aleatoribus* 3, 43.

[93] Voyez ci-après livre III de la *condictio indebiti*.

la tradition aura pour effet de rendre propriétaire celui qui accepte, sauf le droit de répétition qui peut compéter à celui qui a fait la remise par un motif erroné [94].

§ 190. *Effet de la tradition, particulièrement de l'exceptio rei venditæ et traditæ.*

L'effet de la tradition valablement faite est de transférer la propriété de la chose délivrée à celui qui accepte. Cependant, quand la tradition se fait en exécution d'une vente, il y a ceci de particulier, que la propriété n'est acquise à l'acheteur que lorsqu'il a payé le prix de vente, à moins que le vendeur ne se soit fait donner des garanties, par exemple une caution, une hypothèque, ou qu'il ait vendu à crédit [95]. — Il va sans dire que celui qui accepte acquiert le droit de propriété tel qu'il existait dans la personne de son auteur. Particulièrement, si la propriété de ce dernier était res-

[94] Fr. 36, D., *de a. r. d.* 41, 1. « Cum in corpus quidem, quod traditur, consentiamus, in causis vero dissentiamus, non animadverto, cur inefficax sit traditio : veluti si ego credam, me *ex testamento* tibi obligatum esse, ut fundum tradam, tu existimes, *ex stipulatu* tibi eum deberi : nam etsi pecuniam numeratam tibi tradam *donandi* gratia, tu eam quasi *creditam* accipias, *constat, proprietatem ad te transire,* nec impedimento esse, quod circa causam dandi atque accipiendi dissenserimus. » Ce passage de Julien est on ne peut plus explicite; toutefois il y a un passage d'Ulpien, qui semble dire le contraire. Fr. 18, pr. D., *de reb. credit.* 12, 1. « Si ego tibi pecuniam quasi *donaturus* dedero, tu quasi *mutuam* accipias, Julianus scribit donationem non esse. Sed an mutua sit, videndum. Et puto, nec mutuam esse, magisque nummos *accipientis non fieri,* cum alia opinione acceperit, quare, si eos consumserit, licet condictione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit. quia secundum voluntatem dantis nummi sunt consumti. » Mais les raisons suivantes nous engagent à adopter l'opinion que nous avons développée : 1° Julien traite la question *ex professo,* tandis qu'Ulpien ne fait que l'effleurer à l'occasion d'une autre question. 2° Julien s'exprime de la manière la plus positive, *constat*; tandis qu'Ulpien se borne à émettre une opinion, *puto*. 3° Peut-être même les mots *accipientis non fieri* signifient-ils simplement, que l'*accipiens* est tenu de restituer (Arg. Fr. 40 in f. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1, expliqué ci-après § 191, note 3), ce qui paraît d'autant plus probable, qu'Ulpien n'accorde point la revendication à celui qui a donné, mais une *condictio,* action qui ne compète point au propriétaire. (Arg. Gaius, IV, 4). 4° L'opinion de Julien est plus conforme à l'esprit général de la législation.

[95] § 41, I., *de rer. div.* 2, 1. « ... Quod cavetur quidem etiam ex lege XII Tabularum, tamen recte dicitur, et jure gentium i. e. jure naturali id effici. » — Fr. 19, § 3, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 5, § 18, D., *de tributoria actione* 14, 4.

treinte par des *jura in re,* elle passera dans le même état à l'acquéreur; mais d'un autre côté, s'il existe des *jura in re* établis en faveur de la chose délivrée, ces extensions de la propriété compéteront également au nouveau propriétaire [96].

Si la tradition a été faite par quelqu'un qui n'était pas propriétaire, elle n'aura point pour effet de donner la propriété à celui qui accepte; cependant s'il a reçu la chose de bonne foi et en vertu d'un juste titre, il se trouve en état de l'usucaper et d'en acquérir ainsi la propriété au moyen d'une possession continue [97]. En outre, il peut jouir, selon les circonstances, d'une exception qui avait une très-grande importance dans l'ancien droit et qui n'est pas dénuée de toute utilité même dans le droit nouveau. Nous entendons parler de l'*exceptio rei venditæ et traditæ* [98], qui fut introduite afin de protéger la propriété bonitaire contre le *nudum jus Quiritium.*

En effet, si quelqu'un avait vendu et délivré une *res mancipi,* l'acheteur acquérait bien cette chose et il l'avait *in bonis,* mais le vendeur en conservait le *dominium ex jure Quiritium,* et par conséquent la revendication qui y est attachée, parce que ce droit ne pouvait être aliéné que par un mode civil, du moins en ce qui concernait les *res mancipi.* Il est vrai que le vendeur lui-même ne pouvait point intenter la revendication, parce qu'il serait repoussé par l'*exceptio doli;* mais rien ne l'empêchait de céder son *jus Quiritium* au moyen de la mancipation ou de la cession judiciaire à une autre personne laquelle était à l'abri de l'*exceptio doli,* si elle n'avait pas agi elle-même d'une manière frauduleuse. Cependant toutes les raisons d'équité militaient en faveur du premier acquéreur, et pour le protéger, le préteur créa une exception nouvelle, *exceptio rei venditæ et traditæ,* qui différait de l'*exceptio doli* en ce qu'elle pouvait être opposée non-seulement à celui qui s'était rendu coupable du dol, mais encore à tous ceux qui tenaient leur droit de lui [99]. — Dans le droit nouveau, où la distinction entre propriété civile et naturelle n'existe plus, notre exception a perdu beaucoup de son importance : elle peut cependant encore être utile dans des cas analogues. Par exemple : Pierre me vend et délivre une chose qui appartient à Paul. Par la suite, Pierre devient héritier de Paul et par conséquent propriétaire de la maison que j'ai achetée. S'il

[96] Fr. 20, § 1, D., *de acq. rer. domin.* 41, 1.
[97] Voyez ci-après § 195-198 et § 204.
[98] Tit. D., *de exceptione rei venditæ et traditæ* 21, 3.
[99] Voyez ci-dessus § 176.

voulait en cette qualité la revendiquer lui-même, je pourrais sans aucun doute le repousser par l'*exceptio doli;* mais je n'aurais pas le même avantage vis-à-vis d'un tiers de bonne foi à qui il aurait vendu la maison. Dans ce cas l'*exceptio rei venditæ et traditæ* me servira à paralyser l'action de ce dernier, parce qu'il tient son droit du même auteur que moi [100]. Les commentateurs expriment le principe qui sert de base à cette exception par l'adage suivant : * *Quem de evictione tenet actio, eundem agentem repellit exceptio* *, dont voici l'interprétation : Si quelqu'un est tenu de nous garantir un droit en cas d'éviction, nous pouvons le repousser par une exception, lui ainsi que tous ceux qui tiennent leur droit de lui, pour le cas où ils voudraient contester ou attaquer le droit qu'il est tenu de nous garantir.

§ 191. VI. *De l'acquisition des fruits par celui qui n'est pas propriétaire de la chose.*

Les fruits, comme accessoires, appartiennent en général au propriétaire de la chose qui les produit (§ 184). Mais il y a des cas dans lesquels un autre les acquiert, soit en vertu d'une autorisation du propriétaire, soit même sans pareille autorisation en vertu d'une disposition légale.

Le premier cas ne présente guère de difficulté ; mais l'acquisition des fruits qui se fait sans l'autorisation du propriétaire de la chose, donne lieu à une grande controverse. D'après les lois romaines, cette acquisition a lieu en faveur de celui qui de bonne foi possède la chose d'un autre. Plusieurs passages de nos sources disent expressément que le possesseur de bonne foi acquiert les fruits par la simple séparation, c'est-à-dire qu'ils lui appartiennent dès qu'ils sont séparés du fonds [1]. D'un autre côté,

[100] Fr. 2. 3, D., *de exc. rei vend.* 21, 3. — Fr. 72, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 2, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 4, § 32, D., *de doli mali exc.* 44, 4.

[1] Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. « In pecudum fructu etiam fœtus est. sicut lac et pilus et lana. Itaque agni et hædi et vituli *statim pleno jure* sunt bonæ fidei possessoris et fructuarii. » — Fr. 25, § 1, D., *eod.* « Porro bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod *dominis* prædiorum tributum est... Plus juris in percipiendis fructibus habet (usufructuario), cum fructuarii quidem non fiant ante quam ab eo percipiantur, ad bonæ fidei autem possessorem pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint. » — Fr. 48, D., *d. a. r. d.* 41, 1. « ... Denique etiam priusquam percipiat, *statim* ubi a solo separati sunt bonæ fidei emtoris fiunt... » — § 35, I., *de rer. div.* 2, 1. « Si quis a non domino, bona fide fundum emerit, naturali ratione placuit, fructus, quos percepit, ejus esse pro cultura et cura. » Le

la loi accorde au propriétaire revendiquant le droit d'exiger que le possesseur de bonne foi lui restitue les fruits qui se trouvent encore chez lui, *fructus exstantes*[2]. On a cru voir entre ces deux dispositions une contradiction qui réellement n'existe pas. En effet, il se peut fort bien qu'on ait la propriété d'une chose et qu'en même temps on soit obligé de donner cette chose à un autre. Ainsi le vendeur reste propriétaire de l'objet vendu tant qu'il n'en a point fait tradition, mais il n'en est pas moins tenu de le livrer à l'acheteur. Celui qui reçoit une chose qui ne lui est pas due, est obligé de la restituer, quoiqu'en la recevant il en ait acquis la propriété. De même le possesseur de bonne foi est tenu de restituer les fruits qui existent encore chez lui, mais il n'en est pas moins vrai qu'il en a la propriété jusqu'au moment où cette restitution a été opérée. Aussi il a le droit d'en disposer comme bon lui semble, et s'il les a aliénés auparavant, le propriétaire de la chose principale ne pourra point les revendiquer chez les tiers acquéreurs [3]. — Nous devons donc soutenir que le possesseur de bonne foi acquiert par la simple séparation la propriété des fruits de la chose qu'il possède, et que cette propriété ne reçoit aucune atteinte ni restriction par l'obligation personnelle de restituer les fruits encore existants au cas que le propriétaire revendique la chose [4].

De cette manière, la contradiction apparente est complétement levée, sans qu'on ait besoin de recourir aux divers systèmes proposés par les commentateurs et qui tous sont plus ou moins contraires aux dispositions expresses de la loi ou aux principes généraux sur le droit de propriété [5].

motif *pro cultura et cura* semble erroné, car le Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.*, dit expressément. « *Suos*... facit non tantum eos, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed *omnes*. »

[2] L. 22, C., *de rei vindicatione* 3, 32.

[3] Cela est hors de doute; car les lois refusent au propriétaire de la chose tout droit de répéter les fruits consommés de bonne foi; or, aliéner le fruit c'est le consommer. § 35, I., *de rer. div.* 2, 1. — § 2, I., *de off. jud.* 4, 17. — Fr. 4, § 2, D., *finium regund.* 10, 1. — Fr. 40 in f. D., *de a. r. d.* 41, 1, où le mot *consumtos suos facit,* signifient évidemment : il ne doit pas les restituer.

[4] C'est à cause de cette obligation, que le Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* dit « fructus *interim* suos facit, quia, quod ad fructus attinet, loco domini *pæne* est. »

[5] D'après le système le plus généralement reçu, le possesseur de bonne foi acquerrait les fruits par la séparation, mais sa propriété serait révocable et ne deviendrait définitive que lorsqu'il l'aurait rendue telle au moyen de l'usucapion. Cette opinion consacre un principe bizarre : c'est en effet contraire à

Quant à la manière dont les fruits de la chose d'autrui s'acquièrent, il est à remarquer que le possesseur de bonne foi et l'emphythéote les acquièrent par la simple *séparation*, quand même la séparation n'aurait pas été faite par eux [6]. Dans tous les autres cas, au contraire, la loi exige que l'acquéreur ait perçu les fruits, c'est-à-dire qu'il en ait pris possession. Ainsi le fermier et l'usufruitier n'acquièrent les fruits auxquels ils ont droit que par la perception [7]. On considère l'acquisition des fruits par ces derniers comme une espèce de tradition, faite par le propriétaire qui les autorise à gagner les fruits [8]. Or, comme la tradition exige la remise réelle de la chose, il faut, de la part des acquéreurs, un acte d'ap-

toutes les règles de droit qu'on puisse usucaper une chose dont on a déjà la propriété. — Le même reproche ne peut être fait à un autre système présenté par M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession* § 22 *a*. D'après lui, le possesseur de bonne foi est également possesseur de bonne foi des fruits, et en cette qualité il peut les usucaper comme il peut usucaper le fonds. Mais, comme les fruits séparés sont des choses mobilières, il les acquerra par le court délai de trois ans, tandis qu'il lui faut dix ou vingt ans pour le fonds même. Ce système est à la vérité conforme aux principes généraux ; mais pas plus que la théorie vulgaire, il ne saurait être concilié avec les textes que nous avons cités et auxquels nous pouvons ajouter : Fr. 4, § 19, D., *de usurpat.* 41, 3. « ... Quoniam in fructu est, *nec usucapi debet, sed statim emtoris fit.* » — Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2. « Ex furtivis equis nati *statim* ad bonæ fidei emtorem pertinebunt; merito, quia in fructu numerantur... »

[6] Fr. 25, § 1, in f. Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 13, in f. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 48, pr. D., *de a. r. d.* 41, 1.—Pour acquérir les fruits, le possesseur doit-il être de bonne foi au moment de la séparation, ou suffit-il qu'il l'ait été au moment où il acquérait la possession de la chose qui produit les fruits? Bien qu'un passage de JULIEN, Fr. 25, § 2, D., *de usur.* 22, 1 ne l'exige que dans ce moment, l'opinion contraire paraît préférable. Elle est confirmée par les Fr. 23, § 1. Fr. 40. Fr. 48, § 1, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1.

[7] Fr. 12, § 5, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 13, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 25, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 78, D., *de rei vindic.* 6, 1. — Au § 36, I., *de rer. div.* 2, 1. Justinien et Théophile semblent établir une différence entre l'usufruitier et le fermier. « Eadem *fere* et de colono dicitur. » Mais cette différence ne se rapporte point à notre question : elle consiste uniquement en ce que le fermier transmet son droit aux héritiers, tandis que l'usufruit s'éteint par la mort de l'usufruitier. — Il est à remarquer que le croît des animaux est acquis à l'usufruitier dès qu'il est séparé de la mère. § 27, I., *de rer. div.* 2, 1; Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1.

[8] Arg. Fr. 61, § 8, D., *de furtis* 47, 2. « ... Et ideo colonum, *quia voluntate domini eos percipere videatur,* suos fructos facere. » — Fr. 6, D., *de donationibus* 39, 5. « ... *Quasi traditio enim facta videtur, cum eximitur* (*lapis*) *domini voluntate...* » Voyez M. DE SAVIGNY, *Traité de la possession* § 22 *a*.

préhension qui consiste dans la perception des fruits, tandis que l'emphytéote et le possesseur de bonne foi n'ont pas besoin d'un pareil acte puisqu'ils ont la possession de la chose et par conséquent aussi des fruits [9]. Cette distinction entre la perception et la séparation n'est pas sans importance pratique, surtout quand il s'agit de savoir à qui appartiennent les fruits qui existent au moment où la cause qui y donnait droit vient à cesser [10].

§ 192. VII. *De l'adjudication.*

On entend par *adjudication* le jugement dans les actions en partage, par lequel le juge attribue à chacune des parties la part qui lui revient dans la chose à partager [11]. Nous exposerons ci-après aux livres III et V les règles qui doivent guider le juge dans ces actions, soit qu'elles aient pour but le partage d'une chose commune, *familiæ erciscundæ* et *communi dividundo*, soit qu'elles tendent au règlement des bornes entre voisins, *finium regundorum* [12]. Ici nous nous bornons à dire que l'adjudication donne à chaque partie la propriété exclusive de la part qui lui est attribuée [13]. Il parait que dans l'ancien droit l'adjudication ne donnait la propriété quiritaire que dans les *legitima judicia*, tandis que la propriété adjugée dans un *judicium imperio continens* était simplement bonitaire ou prétorienne [14].

§ 193. VIII. *De l'usucapion.* A. *Introduction historique.* 1. *De l'ancienne usucapion.*

Le transfert de la propriété civile se faisait à Rome sous la

[9] Par analogie il faut attribuer le même droit au créancier gagiste qui jouit de l'antichrèse. Voyez ci-après § 241.

[10] Elle peut encore être importante pour décider la question de savoir à qui compètent la revendication et la *condictio furtiva* à l'égard des fruits soustraits avant la perception. Fr. 12, § 5, D., *de usufructu* 7, 4.

[11] Voyez ci-dessus § 130, n° 4, § 135, note 29. — ULPIEN, XIX, 2, 16. — Quelquefois le mot *adjudicatio* est employé dans un sens plus étendu. Fr. 16, § 5. D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 39, pr. D., *de jure fisci* 49, 14.

[12] Voyez sur cette matière § 4-6, I., *de officio judicis* 4, 17 et les Titt. D., X, 1-3. — Titt. C., III, 36. 37. 39.

[13] ULPIEN, XIX, 16. — § 7, I., *de off. judicis* 4, 17.

[14] Arg. *Vat. fragm.* 47. « ... Item potest constitui (ususfructus) et familiæ erciscundæ, vel communi dividundo *judicio legitimo*... » Fr. 44, § 1, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « Si familiæ erciscundæ vel communi dividundo actum sit, adjudicationes *Prætor tuetur*, exceptiones aut actiones dando. »

garantie de la nation ou de l'autorité constituée : dans la *in jure cessio* c'était le magistrat, dans la *mancipatio* c'étaient les témoins, représentant les cinq classes du peuple, qui garantissaient à l'acquéreur son droit de propriété. Si cette garantie n'avait pas accompagné le transfert d'une chose, on pouvait y suppléer par une possession publique et manifeste exercée pendant un certain laps de temps [15]. En effet, cet exercice public et paisible de la propriété au vu de la nation entière semblait impliquer le consentement de tous les citoyens. L'usucapion était à la mancipation ce que le droit coutumier était à la loi votée dans les comices. Aussi ce mode d'acquérir est-il probablement aussi ancien que le droit des Romains. Toutefois les premiers renseignements que nous avons sur cette matière, ne remontent pas au delà des Douze Tables, qui consacrèrent la règle, que *la propriété s'acquiert par la possession continue des fonds de terre pendant deux ans, des autres choses pendant un an*. Cette acquisition qui plus tard est appelée *usucapio* est désignée dans cette loi par le terme *usus et auctoritas, usus auctoritas* [16]. Il est difficile de donner une explication tout à fait satisfaisante de cette dénomination. Peut-être voulait-on indiquer par là que le laps de temps prescrit par la loi avait pour effet d'ajouter au simple fait de possession, *usus*, la protection légale accordée au propriétaire, *auctoritas* [17].

Ce mode d'acquérir, attribuant la propriété civile, pouvait être

[15] Ulpien, XIX, 8. « Usucapione dominia adipiscimur tam mancipi rerum quam nec mancipi. Usucapio est autem dominii adeptio per continuationem possessionis anni vel biennii, rerum mobilium anni, immobilium bienni. — Fr. 3, D., *de usurp. et usuc.* 41, 3 — Isidore, *Orig.* V, 25.

[16] Cicéron, *Topica* 4. « Quod in re pari valet, valeat in hac quæ par est : ut, quoniam *usus auctoritas fundi biennium* est, sit etiam ædium. At in lege ædes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium, quarum annuus est usus. » — Le même, *pro Cæcina* 19. — Gaius, II, 42. 54. — Ulpien, XIX, 8. — Pr. I., *de usucap.* 2, 6 et Théophile, ad *h. l.*

[17] Cette hypothèse semble confirmée par l'ancienne règle : *adversus hostem æterna auctoritas esto,* dont le sens est évidemment qu'on peut en tout temps revendiquer la chose contre un étranger. D'après une autre hypothèse, qui est assez généralement reçue, et, qui de plus, s'appuie sur plusieurs passages de nos sources, le mot *auctoritas* désignerait l'action en garantie, qui nous est donnée contre celui de qui nous tenons une chose, *auctor*. (Paul, *S. R.*, II, 17, 1. 3.—*Vat. fr.* 10.—Fr. 76, D., *de evict.*, 21, 2). Le terme *usus et auctoritas* indiquerait donc que la possession, *usus,* donne à l'acquéreur une garantie absolue, de manière qu'il n'a plus besoin de recourir à la garantie personnelle de son auteur, *auctoritas*.

utile sous deux rapports. En effet l'usucapion servait à changer en propriété romaine 1° une possession qui originairement n'avait été que propriété bonitaire 2° une possession qui n'avait pas même le caractère de propriété [18]. Pour produire cet effet, la possession devait réunir les conditions suivantes :

A. Il fallait que l'acquéreur fût citoyen ou qu'il eût au moins le *commercium*. *Adversus hostem æterna auctoritas esto* [19].

B. Il fallait que la chose fût susceptible d'être acquise. Il va sans dire qu'on ne pouvait usucaper les choses hors du *commercium*, c'est-à-dire non susceptibles de la propriété privée *ex jure Quiritium*, comme les hommes libres, les *res publicæ* et *universitatis*, ainsi que les fonds provinciaux [20]. En outre, la loi des Douze Tables avait excepté de l'usucapion certaines choses, tant immobilières que mobilières, savoir : 1) Le lieu où se trouve un tombeau, et le chemin qui y conduit, *bustum et forum* [21]. 2) Les cinq pieds qui se trouvaient entre les *agri limitati*, *quinque pedes* [22]. 3) Les *res mancipi* qu'une femme soumise à la tutelle des agnats aurait aliénées sans l'autorisation de son tuteur [23]. 4) Les choses volées, *res furtivæ* [24]. Cette disposition des Douze Tables fut confirmée par une loi *Atinia* (557), qui introduisit en même temps le principe que le vice inhérent aux choses volées disparait dès qu'elles sont rentrées au pouvoir du maître [25]. Dans l'origine cette défense d'usucapion

[18] Gaius, II, 41. « Nam si tibi rem mancipi neque mancipavero, neque in jure cessero, sed tantum tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur; ex jure Quiritium vero mea permanebit, donec tu eam possidendo usucapias : semel enim impleta usucapione proinde pleno jure incipit, id est et in bonis et ex jure Quiritium res tua esse, ac si ea mancipata vel in jure cessa esset. » 43. « Ceterum etiam earum rerum usucapio nobis competit, quæ non a domino nobis traditæ fuerint, sive mancipi sint eæ res sive nec mancipi, si modo eas bona fide acceperimus, cum crederemus eum, qui tradiderit, dominum esse. » — Le même, III, 80. — Ulpien, I, 16. — Pr. I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 2, § 15. 16, D., *pro emtore* 41, 4.

[19] Cicéron, *de off.* I, 12. — Gaius, II, 65.

[20] Gaius, II, 48. — § 1, I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 45, pr. D., *de usurpationibus*, 41, 3.

[21] Cicéron, *de leg.* II, 24. « Quod autem forum (id est vestibulum sepulcri) bustumve usucapi vetat, tuetur jus sepulcrorum. Hæc habemus in duodecim. » — Festus, v. *forum*. — Le même, v. « *bustum*... proprie dicitur locus, in quo mortuus est combustus et sepultus... »

[22] Cicéron, *de legib.* I, 21. — Voyez ci-après § 196, note 68.

[23] Gaius, II, 47.

[24] Gaius, II, 45. — § 2, I., *de usucap.* 2, 6 et Théophile, ad *h. l.*

[25] Aulu-Gelle, *N. A.* XVII, 7. « Quod subreptum erit, ejus rei æterna au-

semble avoir embrassé tant les immeubles que les choses mobilières. Mais quand on eut posé en principe qu'il n'y a pas de vol possible à l'égard des immeubles, la loi *Julia et Plautia* [26] remplit la lacune qui aurait pu naître de l'application de cette règle, et interdit l'usucapion des immeubles dont le propriétaire avait été dépossédé violemment, *res vi possessæ* [27]. A ces prohibitions on ajouta par la suite : 5) les choses aliénées au mépris d'une défense légale [28]; et dans les derniers temps de l'Empire, 6) les biens des pupilles, les biens dotaux de la femme durant le mariage, et les biens des enfants tant que dure la puissance paternelle [29].

C. On exigeait une possession continue de deux ans pour les fonds de terre, d'un an pour toutes autres choses. Il paraît que dans le principe les maisons n'étaient point comprises sous la dénomination de *fundi;* par la suite on les considérait comme l'accessoire du fonds, et on étendait le délai de deux ans à toutes les choses immobilières [30].

D. Nous ne savons pas d'une manière certaine si la loi des Douze Tables exigeait déjà, comme on le faisait plus tard, la *bonne foi* dans la personne de l'acquéreur, et un *juste titre* en vertu duquel il aurait acquis la chose à usucaper. Il est certain que dans le principe on ne distinguait pas ces deux conditions, quoiqu'il paraisse probable qu'on examinait la *causa possessionis*, c'est-à-dire la question de savoir de quelle manière la possession avait été acquise. Cette acquisition pouvait avoir été faite de deux manières, soit au moyen d'un mode qui n'était pas propre à donner la propriété romaine (on disait alors que l'acquéreur possédait *pro suo*,

ctoritas esto. » — § I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 4, § 6. 12-14. Fr. 42, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 215, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Dans Théophile, ad § 2, I., *cité*, cette loi est appelée Ἀτίλιος νόμος; mais c'est probablement une erreur de copiste ; car presque tous les autres auteurs et la plupart des manuscrits des Institutes et du Digeste disent *Atinia*. Voy. Schrader, ad § 2 I. *cité*. — La loi Atinia paraît avoir été portée du temps de Q. Mucius Scævola ou quelque temps auparavant, Aulu-Gelle, *l. c.*

[26] C'est-à-dire loi Julia et loi Plautia ou plutôt loi Plautia et loi Julia, car la loi Plautia est plus ancienne, elle date de 665. Voy. Fr. 34, § 2, D., *de usurpationibus,* 41, 3.

[27] Gaius, II, 45. — § 2. 8, I., *de usucap.* 2, 6.

[28] Voyez ci-après § 196, note 61.

[29] Voyez ci-après § 196, notes 63-65. Ces extensions sont probablement dues à l'influence de la *longi temporis præscriptio*.

[30] Voyez les passages cités à la note 16.

c'est-à-dire comme s'il était propriétaire [31]); soit d'une manière qui lui aurait donné la propriété si son auteur avait été propriétaire. Dans ce dernier cas, celui qui voulait se prévaloir de l'usucapion devait avoir été de bonne foi au moment où il avait acquis la possession de la chose, c'est-à-dire, il devait avoir ignoré que son auteur ne fût pas propriétaire [32]. A la longue cette règle devint générale : toutefois pendant longtemps on continua d'admettre les exceptions suivantes [33] : 1° L'*usucapio pro herede*. Après la mort d'une personne, si les héritiers ne faisaient pas acquisition de la succession, le premier venu pouvait s'en emparer et l'acquérir au moyen de la possession continue d'un an. D'après Gaius, le but de cette disposition était de forcer les véritables héritiers à accepter la succession, afin que les sacrifices de la famille ne fussent pas en souffrance et que les créanciers pussent poursuivre le payement de ce qui leur était dû par le défunt [34]. Quoi qu'il en soit, cette usucapion d'une succession sans bonne foi était encore en usage du temps de Cicéron [35]; les jurisconsultes classiques ne l'admettaient plus à l'égard de la succession entière, mais seulement à l'égard de choses déterminées faisant partie de la succession [36]. Cependant à mesure que la législation se développa, on commença à comprendre ce qu'il y avait d'immoral dans cette acquisition, et les jurisconsultes la qualifiaient de *lucrativa et improba*. L'usage en fut considé-

[31] Conformément à l'ancien langage : *hæc res mea est, sua est.*

[32] Gaius, II, 43.

[33] On peut ajouter l'ancienne usucapion de la femme par le mari dont il sera question au livre IV.

[34] Gaius, II, 52-58. Le motif se trouve indiqué dans Gaius, II, 55. « Quare autem omnino tam improba possessio et usucapio concessa sit, illa ratio est quod voluerunt veteres maturius hereditates adiri, ut essent, qui sacra facerent, quorum illis temporibus summa observatio fuit, ut et creditores haberent, a quo suum consequerentur. »

[35] Cicéron, *de leg.* II, 19 ; *ad Atticum* I, 5.

[36] Le délai d'un an fut conservé même pour les choses immobilières, Gaius, II, 53. « Et in tantum hæc usucapio concessa est, ut res quæ solo continentur, anno usucapiantur. » – 54. « Quare autem etiam hoc casu soli rerum annua constituta sit usucapio, illa ratio est, quod olim rerum hereditariarum possessiones, ut ipsæ hereditates, usucapi credebantur, scilicet anno ; lex enim XII Tabularum soli quidem res biennio usucapi jussit, ceteras vero anno, ergo hereditas in ceteris rebus videbatur esse, quia soli non est, quia neque corporalis est ; et quamvis postea creditum sit, ipsas hereditates usucapi non posse, tamen in omnibus rebus hereditariis, etiam quæ solo teneantur, annua usucapio remansit. »

rablement restreint par une règle que nous avons déjà citée, et d'après laquelle *Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.* Il en résultait que celui qui avait détenu une chose du défunt à titre de dépôt, de louage ou de prêt, ne pouvait pas, de sa seule autorité, commencer à posséder et à usucaper *pro herede* [37]. De cette manière, au moins, les véritables héritiers étaient protégés contre l'usucapion clandestine. Ensuite Adrien leur permit de répéter au moyen de la pétition d'hérédité toute chose ainsi usucapée [38]. Mais le *prædo,* c'est-à-dire le possesseur de mauvaise foi, pouvait toujours la faire valoir contre les tiers, jusqu'à ce qu'enfin Marc-Aurèle punit criminellement le vol de choses provenant d'une succession, *res hereditariæ,* en établissant les *judicia criminis expilatæ hereditatis* [39]. Depuis personne ne pouvait plus se prévaloir d'une possession de mauvaise foi, et dans le droit nouveau il n'est plus question de cette *usucapio lucrativa pro herede.* 2° Deux cas particuliers d'*usureceptio,* c'est-à-dire de réacquisition par *usus* d'une chose qui nous avait appartenu et dont nous avions perdu la propriété [40]. Celui qui avait mancipé à un autre une chose *cum fiducia,* c'est-à-dire sous la promesse que la chose lui serait rendue, en recouvrait la propriété, s'il la possédait pendant un an, sans qu'il eût besoin de l'acquérir par remancipation ou rétrocession [41]. De même on pouvait réusucaper une chose immobilière qui avait été engagée à l'État et vendue par ce dernier. Pareille vente s'appelait *prædiatura,* et le fait de réusucaper la chose vendue était désigné par le terme : *ex prædiatura possessionem usurecipere* [42]. — Le droit de Justinien ne connait plus de *usureceptio.*

[37] Voyez ci-dessus § 168, note 59.

[38] Gaius, II, 57. Il est douteux, si ce sénatusconsulte d'Adrien s'appliquait également à l'*usucapio pro herede* de celui qui s'était mis de bonne foi en possession de l'hérédité, croyant qu'il était héritier. Les termes dont Gaius se sert sont généraux et la L. 1, C., *de usuc. pro her.* 7, 29 dit d'une manière absolue que l'*usucapio pro herede* n'a plus lieu ; mais d'un autre côté il y a de graves motifs d'admettre encore dans le droit nouveau l'*usucapio pro herede* du possesseur de bonne foi. Voyez ci-après § 196, note 94.

[39] Tit. D., *expilatæ hereditatis* 47, 19.

[40] Gaius, II, 59. « ... Dicitur *usureceptio,* quia id, quod aliquando habuimus, *recipimus* per usucapionem. »

[41] Gaius, II, 59. 60. Voyez au reste ci-après § 234.

[42] Gaius, II, 61. « Idem si rem obligatam sibi populus vendiderit, eamque dominus possederit, concessa est usureceptio; sed hoc casu prædium biennio usu recipitur. Et hoc est, quod vulgo dicitur ex prædiatura

§ 194. 2. *De la longi temporis præscriptio.*

L'usucapion n'était point applicable aux *peregrini* ni aux fonds provinciaux. Mais nous trouvons dans les provinces une institution qui produisait de fait des effets plus ou moins analogues. C'est le principe de la *præscriptio temporalis* appliqué à la revendication. Si quelqu'un avait possédé un immeuble pendant longtemps, le préteur ou le proconsul le maintenait dans cette possession en lui donnant contre toute revendication possible une *exceptio temporalis*, appelée *præscriptio longi temporis*. Le *longum tempus*, qui dans le principe n'était peut-être pas de même durée dans les diverses provinces, fut par la suite fixé d'une manière uniforme à dix ans *inter præsentes*, c'est-à-dire quand le demandeur et le défendeur habitaient la même province, et à vingt ans *inter absentes*, quand ils demeuraient dans des provinces différentes [43].

Originairement cette prescription ne donnait à la vérité qu'une sécurité de possession, *securitas possessionis*, et non pas la propriété [44]; mais il paraît que la pratique chercha à l'assimiler de plus en plus à l'usucapion, ce qui était d'autant plus facile qu'elle n'était point régie par des lois positives. Aussi s'habitua-t-on à exiger de la part de celui qui voulait s'en prévaloir des conditions qui ne différaient guère de celles requises pour l'usucapion, savoir :

1° *Diutina possessio*, possession continue.

2° *Justum initium possessionis*, que la possession eût été acquise d'une manière juste. Un juste titre était de rigueur; mais il se

possessionum usu recipi : nam qui mercatur a populo, prædiator appellatur. »

[43] On n'est pas d'accord sur la question de savoir si la *longi temporis præscriptio* est d'origine prétorienne, ou si elle a été créée par les empereurs. Nous pensons que cette institution se trouvait dans les mœurs et dans les lois des peuples soumis aux Romains et que c'est à ce titre, que les gouverneurs la recevaient dans leurs édits provinciaux. Quant au délai uniforme de 10 et 20 ans, tout fait supposer qu'il a été fixé par des constitutions impériales. Voyez Fr. 76, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. —Au reste la *l. t. præscriptio* se trouve pour la première fois mentionnée dans un fragment de Javolenus, Fr. 21, D., *de usurpat.* 41, 3.

[44] Fr. 5, § 1. Fr. 12. D., *de diversis tempor. præscr.* 44, 3.—L. 7, C., *quibus non objicitur.* 7, 35. — L. 1. 2. C. *si adv. credit.* 7, 36. — L. 7, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.

pourrait que l'on n'eût insisté sur la bonne foi que dans les cas où la possession avait été acquise à titre lucratif [45].

3° Bientôt on excluait les choses volées de la *præscriptio longi temporis* [46]. — Originairement elle ne souffrait application qu'aux fonds provinciaux; mais des constitutions impériales l'étendirent aux choses mobilières et aux fonds italiques [47].

Sauf quelques détails, ce n'est donc guère que par les effets que ces deux institutions différaient dans les derniers temps de l'Empire. Et encore cette différence n'était pas très-sensible sous le point de vue pratique [48]. En effet, il importe peu que nous disposions d'une chose à titre de propriétaire ou à titre de possesseur, pourvu que dans ce dernier cas nous soyons protégé contre les attaques qui peuvent être dirigées contre notre possession. Dans un seul cas, à la vérité, le possesseur pouvait regretter de n'avoir point la revendication de la chose qu'il avait prescrite, savoir, lorsqu'il en avait perdu la possession, et qu'elle avait passé dans les mains d'un tiers qui fût également possesseur de bonne foi ou même le propriétaire originaire de la chose. Cependant tout nous autorise à croire que même dans ce cas on lui donnait l'action Publicienne, et qu'il avait le droit de repousser au moyen de la *replicatio longi temporis* l'*exceptio dominii* que le défendeur aurait pu lui opposer [49]. Dès lors, on le sent, il

[45] L. 11, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33. — L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31.

[46] Fr. 45, pr. D., *de usurpat.* 41, 3. — L. 1, C., *de servo fugit.* 6, 1.

[47] Fr. 9. D., *de diversis temp. præscr.* 44, 3. — L. 3, C., *quib. non objicitur* 7, 35 (Diocletianus et Maximianus Numidio correctori Italiæ).

[48] Ces différences consistaient particulièrement en ce que l'usucapion n'éteignait pas les hypothèques dont la chose possédée était grevée, tandis que la *l. t. præscr.* avait pour effet de les paralyser. Fr. 44, § 5, D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 12, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. Voy. encore ci-après § 198 et § 248.

[49] L. 8, pr. C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39. « Si quis emtionis... ...titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis præscriptionem contra dominum ejus... sibi acquisierit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus. *Hoc enim et veteres leges, si quis eas recte inspexerit, sanciebant.* » — Arg. Fr. 28, D., *de noxal. act.* 9, 4. « Et generaliter, si alieni servi nomine, qui tibi justam servitutem serviret, noxali tecum egerim, tuque eum mihi noxæ dederis, sive me possidente dominus eum vindicet, exceptione doli mali... eum summovere possum; *sive ipse possideat, Publiciana mihi datur : et adversus excipientem, si dominus ejus sit, utilem mihi replicationem doli mali profuturam :... quoniam... justam causam possidendi habeo.*

n'y avait plus qu'un pas à faire pour assimiler entièrement la *longi temporis præscriptio* à l'usucapion. C'était de donner directement une action réelle absolue à celui qui de fait pouvait déjà obtenir le même résultat par voie détournée au moyen d'une réplique.

Justinien réalisa cette réforme législative, en fondant les deux institutions en une seule, qu'il compléta au moyen de la *longissimi temporis præscriptio* que Théodose II avait créée un siècle auparavant [50].

§ 195. 3. *Législation de Justinien.*

Du temps de Justinien tous les sujets de l'Empire étaient citoyens romains, et avaient par conséquent la capacité personnelle d'usucaper. Mais d'un autre côté, depuis les invasions des barbares, le nombre des fonds italiques, qui seuls étaient susceptibles de l'usucapion, était fort restreint. Il en résultait, que l'usucapion était d'une application générale pour les choses mobilières, tandis qu'elle n'avait guère lieu pour les immeubles, à l'égard desquels les possesseurs devaient se servir de la *longi temporis præscriptio.*

Pour fondre ensemble les deux institutions, Justinien prit donc les mesures suivantes. Il abolit l'ancienne usucapion des immeubles; mais il en attribua les effets à la *longi temporis præscriptio.* L'usucapion des meubles resta; mais pour qu'il y eût une proportion plus convenable, le délai de cette usucapion, qui n'avait été que d'un an, fut augmenté et porté à trois ans [51]. A ceux qui ne peuvent se prévaloir ni de l'usucapion ni de la *longi temporis præscriptio*, l'empereur donne, comme dernière ressource, la *longissimi temporis præscriptio*, qui doit produire les effets de l'usucapion quand la possession est de bonne foi. Dans le cas contraire, elle ne sera qu'une simple exception; c'est-à-dire, elle ne servira qu'à repousser la revendication, sans donner aucun droit à celui qui s'en prévaut [52].

Le système de Justinien est donc comme suit :

1° Celui qui de bonne foi, et en vertu d'un juste titre, possède une chose susceptible d'être usucapée pendant trois ans, si elle est

[50] Voir ci-dessus § 141, notes 10 et suiv.

[51] L. un. C., *de usucapione transformanda* 7, 31. — Pr. I., *de usucap.* 2. 6. et THÉOPHILE, ad *h. l.*

[52] L. 8, § 1, C., *de præscript. XXX vel XL ann.* 7, 39.

mobilière, pendant dix ou vingt ans, si elle est immobilière, en acquiert la propriété par *usucapion* ou *longi temporis præscriptio*.

2° Celui qui, sans réunir toutes les conditions indiquées, possède de *bonne foi* une chose pendant *trente ans*, en acquiert la propriété par *longissimi temporis præscriptio*.

3° Celui qui ne possède pas de bonne foi, peut encore, après trente ans, opposer la *longissimi temporis præscriptio;* mais dans ce cas elle n'a point pour effet de lui donner la propriété de la chose possédée, elle lui sert simplement comme exception à l'effet de repousser la revendication.

Observation. On a l'habitude de donner le nom de *prescription acquisitive* au mode d'acquérir dont nous traitons ici, en opposition à la *præscriptio temporalis* dont il a été question dans les §§ 141-144, et qu'on désigne par le nom de *prescription extinctive*. Nous croyons utile de réserver le nom de *prescription* à cette dernière, et d'employer de préférence le mot *usucapio* quand il s'agit de l'acquisition de la propriété par possession continue. En effet, les termes pris dans cette acception ont l'avantage de rappeler l'origine et la nature particulière de chacune de ces deux institutions. Nous appellerons *usucapion ordinaire* celle qui s'accomplit par le laps de trois et de dix ou vingt ans, et *extraordinaire* celle qui exige une durée plus longue.

§ 196. B. *Conditions requises pour l'usucapion ordinaire.*

I. *Res habilis*, une chose susceptible d'être usucapée. — En général, toute chose qui est dans le commerce peut être acquise par l'usucapion ordinaire [53]. Il y a cependant plusieurs exceptions, savoir : *a*) les choses volées, *res furtivæ* [54]. Il va sans dire que le voleur ne peut point les usucaper, car il n'a ni juste titre ni bonne foi; mais les tiers acquéreurs même de bonne foi ne peuvent non plus en acquérir la propriété par usucapion [55]. Le vice inhérent à ces

[53] Il est évident que les choses hors de commerce ne peuvent point être acquises par la possession. Gaius, II, 58. — § 1, I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 9. Fr. 45, pr. D., *de usurp. et usucap.* 41, 3,

[54] Gaius, II, 45. 49. 50. — § 2, 5, I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 4, § 22. 25. 28, D., *de usurp.* 41, 3. Voy. ci-dessus § 193, notes 24 et suiv.

[55] C'est pourquoi l'usucapion des choses mobilières est en général très-difficile : car toute aliénation de la chose d'autrui, faite par quelqu'un qui agit avec connaissance de cause, constitue un vol, quand même l'acquéreur serait de bonne foi. Gaius, II, 50. « Unde in rebus mobilibus non facile procedit, ut

choses n'est purgé que lorsqu'elles sont revenues au pouvoir de leur maitre [56]. *b*) Les immeubles dont le propriétaire a été expulsé par violence, *res vi possessæ* [57]. Justinien, cependant, a restreint cette incapacité au premier acquéreur de bonne foi, de sorte qu'un tiers qui de bonne foi acquiert de ce dernier, peut dans le droit nouveau se prévaloir de l'usucapion [58]. *c*) Les immeubles qu'un possesseur de mauvaise foi aurait aliénés à l'insu du propriétaire [59]. *d*) Les biens des pupilles pendant le temps de l'impuberté [60]. *e*) Les choses dont l'aliénation est défendue par la

bonæ fidei possessori usucapio competat, quia, qui alienam rem vendidit et tradidit, furtum committit; idemque accidit etiam, si ex alia causa tradatur. Sed tamen hoc aliquando aliter se habet; nam si heres rem defuncto commodatam aut locatam, vel apud eum depositam, existimans eam esse hereditariam, vendiderit aut donaverit, furtum non committit : item, si is, ad quem ancillæ ususfructus pertinet, partum etiam suum esse credens vendiderit aut donaverit, furtum non committit. *Furtum enim sine affectu furandi non committitur.* Aliis quoque modis accidere potest, ut quis sine vitio furti rem alienam ad aliquem transferat, et efficiat, ut a possessore usucapiatur. » (§ 3. 6, I., *de usucap.* 2, 6.) Voy. aussi Paul, *S. R.*, V, 2, 5; Fr. 36, pr. D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 4, D., *pro legato* 41, 8; Fr. 5. 7, D., *mandati* 17, 1; Fr. 4, D., *pro derelicto* 41, 7.— Nos sources contiennent de nombreuses décisions sur la question de savoir si, dans un cas donné, une chose doit être considérée comme *furtiva;* par exemple : L. 1. 7, C., *de usuc. pro emtore* 7, 26; L. 2, C. *de usuc. pro donato* 7, 27. — Pour les fruits d'une chose volée, voy. Fr. 4. § 15. 19. Fr. 10, § 2. Fr. 33, pr. Fr. 44, § 2, D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 4, § 2, D., *pro suo* 41, 10; Fr. 48, § 5, D., *de furtis* 47, 2.

[56] § 8, I., *de usucap.* 2, 6.— Fr. 4, § 6. Fr. 24, § 1, D., *de usurp.* 41, 3.— Fr. 215, D., *de verb. sign.* 50, 16. — Diverses décisions se trouvent : Fr. 4, § 7-14. Fr. 41. 42. 49, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 7, § 3. 7, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 58, § 4. Fr. 84-86, D., *de furtis* 47, 2. — L. 10. 12, C., *eod.* 6, 2. — L. 6, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26.

[57] Voy. ci-dessus § 193, notes 26. 27. — Gaius, II, 45. — § 2, 7, I., *de usucapion.* 2, 6.— Fr. 4, § 22. 23, D., *de usurpat.* 41, 3. — Le vice provenant de la possession violente est purgé, si la chose rentre au pouvoir du propriétaire. § 8, I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 4, § 26. Fr. 33, § 2, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 86, D., *de furtis* 47, 2. — Fr. 6, D., *vi bon. rapt.* 47, 8. — L. 5, in f. C., *de usucap. pro emtore* 7, 26. — Voy. aussi Fr. 6, § 3, D., *de precario* 43, 26.

[58] *Nov.* 119, c. 7.

[59] *Nov.* 119, c. 7.— Auth. *Malæ fidei possessore*, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33.

[60] Dans le principe les biens des pupilles n'étaient point exempts de l'usucapion. Fr. 2, D., *de eo qui pro tut.* 2, 7, 5; Fr. 4, § 11, D., *de usurp.* 41, 3; Fr. 2, § 15. Fr. 7, § 3, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 4, § 24, D., *de doli mali et met. exc.* 44, 4. Fr. 33, D., *de furtis* 47, 2; Arg. L. un. C., *si adv. usucap.* 2, 36.

loi [61]. Dans cette catégorie doivent être rangées les choses litigieuses aliénées [62], les immeubles dotaux, *fundi dotales,* pendant la durée du mariage [63], et les biens des enfants sous puissance de père, *peculium adventitium*, pendant que dure cette puissance [64], ainsi que les biens des mineurs aliénés sans observation des formalités prescrites [65]. *f*) Les biens du fisc et du prince [66]. *g*) Les immeubles des églises et des établissements de bienfaisance [67]. *h*) Les cinq pieds qui servent de limite entre deux champs [68]. *i*) Les choses léguées que l'héritier chargé du legs aliène au mépris de la défense du testateur, ainsi que les choses que le tuteur d'un héritier impubère aliène contrairement à la volonté du testateur [69]. *k*) Enfin les cadeaux reçus par un magistrat en contravention à la loi *Julia repetundarum* sont exclus de l'usucapion tant qu'ils ne sont pas revenus au pouvoir de celui qui les a donnés ou de ses héritiers [70].

II. *Possession de la chose*. Le mot *possession* doit être pris dans

— Par la suite on en exempta ceux dont l'aliénation était défendue. Voyez le n° 4 et Fr. 1, § 2. Fr. 8, § 1, D., *de reb. eor. qui sub tutela* 27, 9; L. 22, 28, § ult., C., *de admin. tutor.* 5, 37. — Enfin, dans le droit nonveau, la défense est absolue, tant pour l'usucapion ordinaire que pour la *præscr. longissimi temporis*. L. 3. L. 7, pr., C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39; *Nov.* 22, c. 24.

[61] Arg. Fr. 28, pr. D., *de verb. sign.* 50, 16. « Alienationis verbum etiam usucapionem continet : vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi... » — Fr. 12, § 4, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. « Si res talis sit, ut eam lex aut constitutio alienari prohibeat, eo casu Publiciana non competit, quia his casibus neminem Prætor tuetur, ne contra leges faciat. »

[62] Voy. ci-dessus, § 139, note 99.

[63] Fr. 16, D., *de fundo dotali* 23, 5. — L. 30, C., *de jure dotium* 5, 12.

[64] L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — L. 1, § 2, C., *de annali exc.* 7, 40. — *Nov.* 22, c. 24.

[65] L. 3, C. *quibus non objicitur longi temp. præscr.* 7, 35. — L. 5, C., *in quibus causis in int. rest. necessaria non est.* 2, 41. — Voy. ci-après liv. IV, titre III.

[66] § 9, I., *de usucap.* 2, 6.— L. 13. Th. C., *de jure fisci* 10, 1.— L. 1. 2. 3, J. C., *ne rei domin.* 7, 38. — L. 14, C., *de fundis patrim.* 11, 61.— L. 2, C., *de fund. et salt. rei dom.* 11, 66.

[67] *Nov.* 111, 131, c. 6. Voy. ci-dessus, § 142, note 19.

[68] Voyez ci-dessus, § 179, note 62, et L. 4, 5, Th. C., *fin. regund.* 2, 26; L. 5, 6, J. C., *eod.* 3, 29.

[69] L. 3, § 3, C., *communia de legatis* 6, 43. — L. 2, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26.

[70] Fr. 8. D., *de lege Julia repetundarum* 48, 11.

le sens juridique : il faut que le pouvoir physique ait été acquis et exercé *animo domini* [71]. Il en résulte d'abord que l'on ne peut usucaper les choses qui ne sont pas susceptibles d'être possédées [72]; ensuite que l'on doit avoir la conscience de la chose qu'on détient [73]. Cette dernière considération est surtout importante, quand il s'agit d'un ensemble de choses. Si les différents corps qui composent cet ensemble ont chacun une existence séparée, on exige que les conditions requises pour l'usucapion se trouvent accomplies à l'égard de chacune de ces choses [74]. C'est ce qui a fait dire qu'on ne peut point usucaper une *universitas rerum* [75]. Il n'en est pas de même, si les diverses choses constituent physiquement un corps unique : car dans ce cas la possession du tout comprend la possession des parties qui y sont contenues [76]. Toutefois nos sources renferment des décisions particulières par rapport aux matériaux de construction qui sont employés dans un bâtiment et à d'autres espèces analogues [77].

III. *Bonne foi. Bona fides.* Il faut que la possession ait été acquise de bonne foi; en d'autres termes, celui qui veut se prévaloir de l'usucapion doit avoir eu la conviction d'acquérir la propriété au moment où il a pris possession de la chose [78]. La bonne foi est

[71] Fr. 13, D., *de usurp.* 41, 3.— L. 1, C., *commun. de usuc.* 7, 30.— L. 5, C. *in quibus causis cessat.* 7, 34.

[72] Voy. ci-dessus § 165, note 12.

[73] Fr. 3, § 2. Fr. 26, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 32, § 2, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 4, D., *pro emtore* 41, 4.

[74] Fr. 30, pr. in f. § 2, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 6, § 1, D., *pro emtore* 41, 4. « Si ex decem servis quos emerim aliquos putem alienos, et, qui sint sciam, reliquos usucapiam. Quod si ignorem, qui sint alieni, neminem usucapiam. »

[75] Voyez ci-dessus, § 116, note 42, et surtout Fr. 30, § 2, D., *de usurp.* 41, 3.

[76] Fr. 2, § 6, D., *pro emtore* 41, 4.— Fr. 23, pr. § 2, D., *de usurp.* 41, 3.— Mais voy. Fr. 30, § 1. in f., D., *de usurp.* 41, 3, et Fr. 7, § 1, 2, D., *ad exhib.* 10, 4.

[77] Fr. 23. § 7. Fr. 59, in f., D., *de rei vind.* 6, 1.— Fr. 7, § 11, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — Voy., sur ces particularités, M. de Savigny, *Traité de la possession,* § 22.

[78] Fr. 32, § 1, D. *de usurpat.* 41, 3. — L. 2. 9. 11, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33.— L. 8, pr., § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.— Quand la possession s'acquiert par un représentant, c'est la conviction du maître qui décide; celle du représentant est indifférente, excepté dans le cas où il acquiert pour le maître à l'insu de ce dernier. Fr. 2, § 10-13. Fr. 43, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. Voy. aussi Fr. 49. § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 22, § 5, D., *de liberali causa* 40, 12.

donc basée sur une erreur, qui nous fait croire que l'acte par lequel nous nous mettons en possession, nous donne la propriété. Cette erreur portera dans la plupart des cas sur le droit de celui qui nous transmet la chose et que nous croyons à tort propriétaire de la chose et capable d'aliéner [79]. Elle peut aussi provenir de ce que le mode d'acquisition, en vertu duquel nous nous mettons en possession, contient à notre insu un vice qui dans l'espèce nous empêche de devenir propriétaire [80]. Dans tous les cas, pour que notre erreur puisse nous donner le droit d'usucaper, il faut qu'elle ne soit pas la suite d'une coupable négligence, ou, comme on dit ordinairement, qu'elle soit excusable [81]. Considérée sous ce point de vue la base de la bonne foi est donc quelque chose de négatif, savoir, l'erreur ou l'ignorance de l'obstacle qui nous a empêché de devenir propriétaire; mais elle n'en contient pas moins un élément positif. C'est la conviction d'être propriétaire que nous devons avoir nécessairement. Il en résulte que nous ne pouvons point usucaper, si nous doutons de notre droit [82].—Au reste, il suffit que nous ayons *acquis* la possession de bonne foi [83] : si par la suite nous venons à avoir des doutes sur notre droit ou même à obtenir la certitude que la chose appartient à un autre, ce changement survenu depuis l'ac-

[79] Gaius, II, 43. — Pr. I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 109, D., *de verb. signif.* 50, 16. — Voy. Fr. 27, D., *de contrah. emt.* 18, 1; Fr. 2, § 1, 15. 16. Fr. 6, § 1. Fr. 7, § 5, D., *pro emtore* 41, 4.

[80] Par exemple : Occupation d'une chose que nous croyons abandonnée, quoiqu'elle ne le soit point. Tit. D., *pro derelicto* 41, 7. Prise de possession d'un legs auquel nous n'avons pas droit, ci-après note 91.

[81] Pour les détails, voy. ci-après livre III. Nous nous bornons ici à faire observer qu'en général l'*erreur de droit* n'est point excusable, tandis que l'*erreur de fait* peut l'être, à moins qu'elle ne provienne d'une négligence coupable. Fr. 4, D., *de juris et facti ignor.* 22, 6. « Juris ignorantiam in usucapione negatur prodesse : facti vero ignorantiam prodesse constat. » — Fr. 31, pr. Fr. 12, § 1. Fr. 44, § 4, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 2, § 2, 15, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 43, § 1, 2, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[82] Arg. Fr. 9, § 2, D., *de juris et facti ignor.* 22, 6. — Voyez Fr. 32, § 1, D., *de usurp.* 41, 3; Fr. 43, pr. D., *de acq. poss.* 41, 2; Fr. 6, § 1. Fr. 14, D., *pro emtore* 41, 4.

[83] Quand la chose est acquise en vertu d'un contrat de vente, la bonne foi doit exister non-seulement au moment de la tradition, mais encore au moment du contrat. Fr. 48, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 2, pr. D., *pro emtore* 41. 4. — Fr. 7, § 16, 17, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2. Cependant le temps ne commence à courir qu'à partir de la tradition. Fr. 10, pr. D. *de usurp.* 41, 3.

quisition ne nous empêchera point d'accomplir l'usucapion. *Mala fides superveniens non nocet* [84].

IV. *Juste titre. Justus titulus* ou *justa causa possessionis* [85]. Il faut que la possession ait été acquise en vertu d'un juste titre, c'est-à-dire en vertu d'un acte qui, en thèse générale, est propre à donner la propriété, quoique dans l'espèce il y ait un obstacle qui empêche cette acquisition [86]. Ordinairement cet obstacle proviendra de ce que celui qui nous fait tradition d'une chose, n'en est pas le propriétaire ou de ce qu'il n'a pas le droit de l'aliéner. Il peut se faire aussi qu'une chose que nous croyons *res nullius* ne le soit réellement pas, et que par conséquent l'occupation que nous en faisons ne nous en donne pas la propriété [87]. Enfin d'autres causes peuvent vicier notre acquisition, comme nous l'avons déjà indiqué. Dans tous les cas, nous devons ignorer l'existence de l'obstacle qui vicie notre acquisition; car autrement la bonne foi nous manquerait. Le juste titre et la bonne foi sont donc intimement liés; le titre est l'acte extérieur qui justifie la possession et motive la bonne foi. Aussi est-il plus que probable que dans le principe on ne distinguait pas entre ces deux conditions et qu'on les comprenait sous la dénomination générale de *justum initium* ou *justa causa possessionis*. — De ce que nous venons de dire, il résulte qu'il peut y avoir autant de justes titres qu'il y a de modes d'acquérir la propriété. Nos sources mention-

[84] § 12, I., *de usucap.* 2, 6. — Fr. 48, § 1, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — Fr. 15, § 2, D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 2, § 13, 19. Fr. 7, § 4, D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 11, in f. D., *de divers. temp. præscr.* 44, 3. — L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. « Ut in omnibus... justa detentio... non interrumpatur ex posteriore forsitan alienæ rei scientia, licet ex titulo lucrativo ea cœpta est. » — Nous avons fait observer § 142, Obs., que le droit canon a consacré le principe contraire en exigeant la bonne foi pendant toute la durée de la possession. Cap. 5. 20, X, *de præscriptionibus* 2, 26.

[85] *Justus titulus, justus titulus possessionis.* L. 24, C., *de rei vindic.* 3, 32; L. 8, C., *ne de statu defunct.* 7, 21; L. un., § 3, C., *de usucap. transf.* 7, 31; L. 4, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33. — *Justa causa possessionis.* L. 8, C., *de usucap. pro emtore* 7, 26; Fr. I., *de usucap.* 2, 6. — *Titulus usucapionis.* Fr. 1, pr. D., *pro dote* 41, 9.

[86] *Titulus quo dominia quæri solent.* L. 6, C., *de ingen. manum.* 7, 14. ou *titulus ad transferendum (acquirendum) dominium*, comme disent les modernes. Le *titulus* nécessaire pour l'usucapion est la cause par laquelle nous pouvons croire être légalement autorisé à nous mettre en possession avec *animus domini.* « Τίτλος δέ ἐστιν ἡ τῆς διακατοχῆς αἰτία. » Théophile, ad § 3, I., *de interdictis* 4, 15.

[87] Voy. ci-dessus les notes 79. 80.

nent les titres suivants [88] : *pro emtore,* lorsque j'ai acheté de quelqu'un qui n'était pas propriétaire ou qui n'était pas capable d'aliéner [89]; *pro donato,* lorsque quelqu'un m'a donné une chose qui ne lui appartenait pas [90]; *pro legato,* lorsque j'ai reçu comme legs une chose qui n'appartenait pas à celui qui me la donnait, ou que je l'ai reçue en vertu d'une disposition vicieuse [91]; *pro dote,* lorsqu'on a donné au mari la chose d'autrui comme dot [92]; *pro soluto.* lorsqu'on m'a donné en payement la chose d'autrui ou une chose qui ne m'était pas due [93]; *pro herede,* lorsque je possède des objets d'une succession. croyant à tort être héritier [94]; *pro derelicto,* lorsque je me suis

[88] On pourrait s'attendre à trouver parmi ces titres un *titulus pro tradito,* s'appliquant à la plupart des acquisitions dérivées. Mais les Romains ne se servent pas de ce terme; ils indiquent la *causa* qui sert de base à la tradition. Ainsi, quand la tradition s'est faite en vertu d'un contrat de vente. l'acquéreur possède *pro emtore;* de même *pro donato, pro soluto, pro dote,* etc.

[89] Tit. D., *pro emtore* 41, 4. — Tit. C., *de usucapione pro emtore vel transactione* 7, 26.

[90] Tit. D., *pro donato* 41, 6. — Tit. C., *de usucapione pro donato* 7, 27. — Il y a des particularités pour les donations entre époux, genre de libéralité qui en général est défendu par la loi, mais qui dans certains cas peut servir de base à l'usucapion. Fr. 1, § 2, D., *pro donato* 41, 6.— Fr. 3, D., *eod.;* Fr. 44. D., *de donat. inter virum et uxorem* 24, 1.

[91] Tit. D., *pro legato* 41, 8. — Pour les deux cas que nous avons indiqués. voyez Fr. 4, D., *h. t.* « Pro legato potest usucapi, *si res aliena legata sit,* aut testatoris quidem sit, sed *ademta codicillis ignoratur :* in horum enim persona subest justa causa quæ sufficit ad usucapionem. Idem potest dici, et *si in nomine erit dubitatio :* veluti si Titio legatum sit, cum sint duo Titii, ut alter eorum de se cogitatum existimaverit. » Fr. 9, D., *eod.* « Pro legato usucapit, cui recte legatum relictum est : sed et *si non jure legatum relinquatur,* vel *legatum ademtum est,* pro legato usucapi *post magnas varietates obtinuit.* » Ce dernier fragment est d'Hermogénien. Voyez encore Fr. 5. 6. 7. D., *eod.*

[92] Tit. D., *pro dote* 41, 9. — Tit. C., *de usucap. pro dote* 7, 28.

[93] Fr. 46, 48, D., *de usurp.* 41, 3. — On peut y ajouter : *pro noxæ dedito* Fr. 3, § 21, D., *de acq. poss.* 41, 2.

[94] Fr. 33, pr. § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. « Non solum bonæ fidei emtores. sed et omnes qui possident ex ea causa, quam usucapio sequi solet... usu suum faciunt... § 1... Hoc amplius, si justam causam habuerit existimandi, se heredem... domino extitisse, fundum pro herede possidebit, nec causam possessionis sibi mutare videbitur. » C'est là le seul cas d'usucapion *pro herede* qui puisse se rencontrer dans le droit nouveau. Pour nous en convaincre, rappelons-nous d'abord que l'usucapion de la *succession entière comme telle* n'est point admise. (GAIUS, II, 54). Or, la possession de *choses déterminées* pourrait se présenter de trois manières. 1° Nous possédons comme héritier des choses

emparé d'une chose abandonnée par quelqu'un qui n'était pas propriétaire [95]; enfin le titre *pro suo*, qui comprend tous les cas dans lesquels je puis, pour une raison quelconque, croire que j'acquiers la propriété en prenant possession d'une chose [96]. — Le juste titre étant fondé sur un acte d'acquisition [97], il n'y a pas d'usucapion possible quand il n'y a point d'acte ou que l'acte est nul dès le principe et d'une manière absolue. Il en est de même

qui se trouvent dans la succession, mais qui n'appartiennent pas au défunt. Dans ce cas, si le défunt les détenait pour autrui, nous ne pouvons point usucaper, *quia nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*. Il en est de même si le défunt était de mauvaise foi (voy. ci-après les notes 7-11). Si le défunt lui-même possédait déjà *ad usucapionem*, nous pourrons à la vérité accomplir l'usucapion et acquérir la propriété; mais ce ne sera pas une *usucapio pro herede*, car nous ne faisons que continuer la possession de notre auteur, de manière que notre acquisition se fera au même titre : *pro emtore, pro soluto*, etc. Arg. L. ult. C., *de usucap. pro herede* 7, 29; L. 4, C., *de præscr. longi temp*. 7, 33; Fr. 24, § 1, D., *de usurp.* 41, 3. — 2° Nous nous mettons en possession d'une chose que nous croyons à tort appartenir à la succession. Dans ce cas, il y aura lieu à l'usucapion, pourvu qu'il y ait bonne foi; mais la possession est *pro suo* et non pas *pro herede*. Ce qui a pu faire croire le contraire, c'est qu'un fragment de Pomponius, qui traite de ce cas, se trouve être le troisième dans le titre du Digeste *pro herede* 41, 5. Mais cette circonstance ne peut nous autoriser à violer les principes qui découlent de la nature des choses, pas plus que le Fr. 3, § 4, D., *de acq. poss.* 41, 2, qui paraît contraire à la théorie que nous avons exposée au n° 1. Enfin, 3°, nous nous mettons en possession de biens héréditaires, étant convaincus que nous sommes héritiers. C'est là le cas que nous avons indiqué comme étant la seule espèce d'*usucapio pro herede* du droit nouveau. On voit que c'est le même principe qui régissait l'ancienne usucapion *pro herede*, sauf que la bonne foi est de rigueur. Voyez au reste sur toute cette matière ci-dessus § 193, note 38, et Gaius, II, 52-58; Tit. D., *pro herede* 41, 5; Tit. C., *de usucap. pro herede* 7, 29.

[95] Tit. D., *pro derelicto* 41, 7. — Fr. 6, D., *h. t.* « Nemo potest pro derelicto usucapere, qui falso existimaverit rem pro derelicto habitam esse. »

[96] Tit. D., *pro suo* 41, 10. Ce terme désignait sans doute dans le principe particulièrement celui qui possédait une chose comme propriétaire, sans pouvoir l'appeler *sienne, sua ex jure Quiritium*, ci-dessus § 193, note 31. Dans le droit nouveau, on l'emploie de préférence quand on ne trouve pas d'autre expression plus spéciale. Fr. 13, § 13, D., *de damno inf.* 39, 2; Fr. 17, D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 2. 4, pr. § 1, D., *h. t.* Toutefois il peut s'appliquer à toute possession quelconque. Fr. 1, pr. D., *h. t.* — Aux titres cités nous devons encore ajouter le cas où l'acquéreur a été mis en possession en vertu d'un jugement définitif. Fr. 3, in f. D., *de Publiciana in rem act.* 6, 2; Fr. 17, D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 137, D., *de regulis juris* 50, 17.

[97] Si la possession n'a pas de cause légale, on l'appelle *pro possessore*, et le possesseur, étant de mauvaise foi, est qualifié de *prædo*. Gaius, IV, 144. —

des actes prohibés par la loi [98]. Toutefois, si la nullité de l'acte provient de circonstances particulières à l'espèce, que l'acquéreur ignorait, il pourra se prévaloir de l'usucapion [99]. C'est une question fort douteuse que celle de savoir si l'on peut usucaper en vertu d'un titre putatif, c'est-à-dire d'un titre qui réellement n'existe pas, mais que l'on croit exister. La négative est décidée formellement dans plusieurs passages de nos sources; cependant il y a aussi des décisions qui semblent être dictées par un sentiment moins rigoureux [100].

E. *Continuité de la possession* pendant le temps voulu par la loi. Ce temps est de trois ans pour les meubles et de dix ans pour les immeubles [1]. Le délai de dix ans est doublé quand celui qui veut usucaper demeure dans une autre province que l'ancien propriétaire, *inter absentes* [2]. Pendant le temps requis, la possession doit être *continue,* c'est-à-dire, il faut qu'elle n'ait point été interrompue. Il y a interruption, *usurpatio* [3], toutes les fois que le possesseur perd sa possession, d'après les règles établies aux §§ 170 et 171 [4]. Les com-

§ 3, I., *de interdictis* 4, 15, et Théophile, *ad h. l.* — Fr. 33, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3.

[98] Fr. 1, § 1, 2, D., *pro donato* 41, 6. — Fr. 1, § 3. 4, D., *pro dote* 41, 9.

[99] Voy. ci-dessus notes 91. 94, et Fr. 9, D., *pro legato* 41, 8. « Pro legato usucapit, et si *non jure* legatum relinquatur. » — Fr. 13, § 1, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 2, § 8, 16, D. *pro emtore* 41, 4.

[100] Pour la négative, § 11, I., *de usucap.* 2, 6; Fr. 27, D., *de usurp.* 41, 3; Fr. 2, pr. § 2. 6, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 1, pr. D., *pro donato* 41, 6; Fr. 6, D., *pro derelicto* 41, 7; Fr. 2, D. *pro legato* 41, 8; L. 4, C., *de usuc. pro herede* 7, 29. — Mais voyez les passages cités à la note précédente, auxquels on peut ajouter Fr. 33, § 1. Fr. 46. 48. D., *de usurpat.* 41, 3; Fr. 11, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 3. Fr. 4, § 2. Fr. 5, § 1, D., *pro suo* 41, 10.

[1] L. un. C., *de usucap. transform.* 7, 31. — Pr. I., *de usucap.* 2, 6. — A la différence de la prescription des actions, les délais de l'usucapion se comptent *civiliter,* c'est-à-dire que pour accomplir le délai, il suffit d'en avoir atteint le dernier jour. *Dies cœptus pro jam completo habetur.* Fr. 15, pr. D., *de divers. temp. præscript.* 44, 3. — Fr. 6. 7, D., *de usurpat.* 41, 3.

[2] L. 12, C., *de præscriptione longi temporis X vel XX annorum* 7, 33. — Si les deux personnes ont demeuré partie dans la même province, partie dans des provinces différentes, on fait un calcul mixte, en comptant deux années d'absence égales à une année de présence. *Nov.* 119. c. 7, 8.

[3] Tit. D., *de usurpationibus et usucapionibus* 41, 3. — Le mot vient sans doute de *usum rapere.*

[4] Fr. 2, D., *de usurpat.* 41, 3. « Usurpatio est usucapionis interruptio. » — Fr. 5, D., *eod.* — Fr. 39, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 5, in f. D., *pro donato* 41, 6.

mentateurs appellent une pareille interruption *usurpatio naturalis*, et lui opposent l'*usurpatio civilis* qui a lieu, d'après eux, lorsque le possesseur est poursuivi par la revendication. Mais il est inexact de dire qu'une poursuite intentée contre le possesseur interrompt l'usucapion [5] : car il est hors de tout doute que le possesseur continue l'usucapion et qu'il peut l'accomplir, s'il gagne le procès. S'il succombe, le jugement réagit, à la vérité, au moment de l'action intentée ; mais c'est là, comme nous le savons, l'effet général des jugements [6].

La possession étant un fait personnel, on devrait, à la rigueur, exiger que celui qui veut se prévaloir de l'usucapion eût possédé *lui-même* sans interruption pendant le temps requis. Mais on a dérogé à ce principe sévère, en admettant que celui qui a succédé à une autre personne peut, selon les circonstances, ajouter à sa possession le temps de la possession de son auteur. C'est ce qu'on appelle *accessio possessionis* [7]. Cette exception a d'abord été introduite, d'une manière absolue, par rapport à la *successio per universitatem*, parce que le successeur universel est censé continuer la personne de celui à qui il succède [8]. La même raison n'existe pas pour le successeur *à titre particulier;* cependant, par des motifs d'équité, on lui a par la suite accordé la faculté d'ajouter la possession de son auteur à la sienne. Dans la succession universelle, l'accession de la possession est donc de rigueur [9], tandis qu'à l'égard

[5] Il faut cependant rappeler que Justinien a permis d'interrompre l'usucapion d'un absent au moyen d'une protestation faite devant l'autorité compétente ou devant notaire et témoins. L. 2, C., *de annali exc.* 7, 40. Voyez ci-dessus § 142, note 27.

[6] Dans l'ancien droit il y avait cette différence entre l'usucapion et la *l. t. præscr.*, que la première pouvait être accomplie malgré la revendication du propriétaire, pourvu que le temps fût écoulé avant le jugement, tandis que la *l. t. præscr.*, qui était dans le principe une simple exception, était naturellement interrompue par l'action intentée. Fr. 2, § 21, D., *pro emtore* 41, 4; Fr. 2, D., *pro donato* 41, 6; Fr. 17, in f. Fr. 18. 19, D., *de rei vind.* 6, 1 ; *Vatic. fragm.* 12.— L. 2. 10, C., *de præscr. l. t.* 7, 33 ; L. 26, C., *de rei vind.* 3, 32; L. 2, C., *ubi in rem actio exerc. debet* 3, 19.— Voy. au reste ci-dessus, § 139.

[7] Tit. D., *de diversis temp. præscr. et de accessionibus possessionum* 44, 3.

[8] D'après le § 12, I., *de usuc.* 2, 6. « Quod nostra constitutio et *similiter in* usucapionibus observari constituit, ut tempora continuentur. » et THEOPHILE *ad h. l.*, on pourrait croire que le principe de l'accession ne souffrait point application à l'usucapion avant Justinien ; mais le contraire résulte des passages que nous citerons dans les notes suivantes. Il est probable que dans le § 12, I., *cité,* il s'agit de l'usucapion nouvelle, créée par Justinien et qui s'accomplit par le laps de trois ans.

[9] § 12, I., *de usuc.* 2, 6. — Il est à remarquer que l'usucapion peut même

du successeur à titre particulier elle doit être considérée comme une faveur accordée au possesseur de bonne foi. De cette différence résultent les conséquences suivantes : *a*) Celui qui succède *per universitatem* à un possesseur de bonne foi, acquiert par l'usucapion, quand même il serait de mauvaise foi au moment de la succession [10]. Mais d'un autre côté, il ne peut point usucaper même avec bonne foi, si son auteur a commencé la possession de mauvaise foi [11]. *b*) Le successeur à titre particulier qui est de mauvaise foi ne peut jamais se prévaloir de la possession de son auteur de bonne foi [12]. Mais d'un autre côté, la mauvaise foi de l'auteur ne nuit point au successeur de bonne foi.

§ 197. C. *Conditions requises pour l'usucapion extraordinaire. Præscriptio longissimi temporis.*

Le possesseur de bonne foi qui ne réunit pas toutes les conditions de l'usucapion ne peut acquérir la propriété par la possession de trois et de dix ou vingt ans. Mais s'il la continue pendant le plus long délai de prescription, qui est ordinairement de trente ans, sans distinction entre meubles et immeubles, il peut se prévaloir de la *præscriptio longissimi temporis,* et acquérir la propriété de la chose possédée, pourvu qu'en général cette chose soit susceptible de ce mode d'acquisition [13].

La *præscriptio longissimi temporis* exige donc :

1° *Res habilis.* Les choses dont l'usucapion ordinaire est prohibée peuvent être acquises par la *præscriptio longissimi temporis* [14].

s'accomplir avant que l'héritier ait acquis la succession « quia possessio defuncti quasi juncta descendit ad heredem, et plerumque nondum adita hereditate completur. » Fr. 30, pr. D., *ex quibus causis majores* 4, 6. — Fr. 7, pr. D., *pro emtore* 41, 4. — Fr. 31, § 5, D., *de usurpat.* 41, 3.

[10] § 12, I., *de usuc.* 2, 6. — Fr. 30, D., *quib. ex caus. maj.* 4, 6. — Fr. 43, pr. D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 2, § 19, D., *pro emtore* 41, 4.

[11] § 12, I., *de usuc.* 2, 6. — Fr. 25, pr. D., *de usurp.* 41, 3. — Fr. 11, D., *de div. temp. præscr.* 44, 3. — L. 3, C., *communia de usucap.* 7, 30. — L. 11, C., *de acq. poss.* 7, 32.

[12] Fr. 13, § 1. 13, D., *de acq. poss.* 41, 2. — Fr. 2, § 17, D., *pro emtore* 41, 4. — L. 1, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33.

[13] Voyez en général L. 8, § 1, C., *de præscriptione XXX vel XL annorum* 7, 39.

[14] L. 6, C., *fin. regund.* 3, 39. — L. 5, C., *in quib. causis in int. rest. necess. non est* 2, 41. — *Nov.* 119, c. 7.

Toutefois les lois exceptent de toute prescription les choses hors du commerce, le fonds dotal, les biens compris dans le pécule propre des fils de famille, *peculium adventitium*, tant que dure la puissance paternelle, et les biens des pupilles pendant l'impuberté [15].

2° *Bonne foi* d'après les règles exposées au paragraphe précédent [16]. Le possesseur n'a pas besoin d'établir qu'il a acquis la possession en vertu d'un juste titre [17].

3° *Possession continue pendant trente ans*, sans distinction entre meubles et immeubles [18]. On exige *quarante ans* pour les biens du prince, et pour les immeubles des églises et des établissements de bienfaisance [19]. Le même délai est requis entre parties pour les choses à l'égard desquelles un procès a été commencé [20].

§ 198. D. *Effets de l'usucapion.*

L'usucapion, tant ordinaire qu'extraordinaire, a pour effet de donner la propriété à celui qui a possédé conformément aux règles exposées ci-dessus. Il en résulte nécessairement que le droit de l'ancien propriétaire se trouve éteint, puisque la même chose ne peut point être la propriété de plusieurs personnes différentes. Mais si la possession a été exercée libre de toute restriction, aura-t-elle également pour effet de faire cesser les *jura in re* qui ont pu être établis sur les choses avant que l'usucapion ait été commencée? Dans l'ancien droit l'usucapion donnait certes la propriété libre de toute servitude [21]; mais elle n'éteignait point les hypothèques qui grevaient la chose usucapée [22]. Cette différence provenait sans doute de ce

[15] A) Gaius, II, 48; § 1, I., *de usuc.* 2, 6; Fr. 9. 45, pr. D., *de usurp.* 41, 3. — B) L. 30, C., *de jure dotium* 5, 30. — C) L. 4, in f. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61; L. 1, § 1, C., *de annali exc.* 7, 40; *Nov.* 22, c. 24. — D) L. 3, 7, pr. § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7. 39; *Nov.* 22, c. 24.

[16] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.

[17] L. 8, § 1, C., *eod.* — L. 14, C., *de fundis patrim.* 11, 61.

[18] L. 8, § 1, C.. *citée.*

[19] L. 14, C., *de fundis patrim.* 11, 61. — *Nov.* 111. 131, c. 6. Voyez ci-dessus § 142, note 19.

[20] Voyez ci-dessus § 142, note 26. — L. 9, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39. — L. 1, C., *de præscr. longi temp.* 7, 33.

[21] Pourvu, bien entendu, que l'*usucapiens* ait eu l'intention de prescrire la liberté de la chose. Voyez ci-après § 222 et Fr. 17, § 2. D., *de usufr.* 7, 1; Fr. 19, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4.

[22] Fr. 44, § 5, D., *de usurp.* 41, 3. « Non mutat usucapio superveniens pro

que la publicité est un des éléments fondamentaux de l'usucapion, et qu'aucun signe extérieur n'indique si la chose possédée est grevée ou libre d'hypothèques [23]. La *longi temporis præscriptio,* au contraire, étant originairement une *exceptio temporalis*, paralysait l'action hypothécaire et rendait ainsi de fait illusoire le droit auquel cette action servait de garantie [24]. Justinien a modifié cet état de choses en exigeant le délai de dix ou de vingt ans pour l'extinction des servitudes comme pour l'extinction des hypothèques; de sorte que l'usucapion des choses mobilières, accomplie par le laps de trois ans, ne libère point la chose usucapée des *jura in re* qui peuvent la grever [25].

Nous trouvons dans nos sources un exemple de restitution en entier contre l'usucapion accomplie par un absent [26]. Cette exception aurait bien pu disparaître depuis qu'une disposition de Justinien avait permis d'interrompre l'usucapion d'un absent, en protestant devant l'autorité compétente [27]. Mais, puisqu'elle a été maintenue, il est peut-être permis d'en appliquer le principe à d'autres cas analogues, conformément à ce que nous avons dit en traitant de la restitution pour cause d'absence [28].

La possession de mauvaise foi ne peut jamais servir de base à l'acquisition de la propriété par usucapion. Quelle que soit sa durée, elle ne fournit qu'une exception au moyen de laquelle l'action en revendication peut être paralysée [29]. Aussi est-ce sans motif que les commentateurs parlent d'une *prescription immémoriale* qui, sans titre ni bonne foi, pourrait nous faire acquérir les droits que

emtore vel pro herede, quo minus pignoris persecutio salva sit... » Fr. 1, § 2, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 2, pr. D., *pro herede* 41, 5. — L. 7, C., *de pignoribus* 8, 14. « Usucapio pignoris conventionem non extinguit. »

[23] Ce motif semble indirectement indiqué au Fr. 44, § 5, D., *de usurp.* 41, 3. « ... Persecutio pignoris, quæ nulla societate dominii conjungitur, *sed sola conventione constituitur* usucapione rei perimitur. »

[24] Voir ci-après § 248.

[25] Voir pour les servitudes, ci-après § 222; et pour les hypothèques, ci-après § 248.

[26] § 5, I., *de actionibus* 4, 6, et ci-dessus § 158, n° 6.

[27] L. 2, C., *de annali exceptione* 7, 40. — Voy. ci-dessus § 142, note 27.

[28] Voy. ci-dessus § 158, notes 58-61. Dans le silence de la loi et en présence des diverses dispositions positives et très-précises qui exemptent certaines choses de l'usucapion, on ne saurait admettre d'autres causes de restitution en entier contre une usucapion accomplie.

[29] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL annor.* 7, 39. — Voy. l'explication de ce passage, ci-dessus page 338.

nous aurions exercés pendant un temps qui excède la mémoire d'homme. Aucun passage de nos sources n'appuie cette opinion, qui doit son origine à une extension arbitraire de quelques dispositions relatives à des cas spéciaux et exceptionnels [30].

§ 199. IX. *Divers autres modes d'acquisition.*

A. Celui qui cultive pendant deux ans un terrain abandonné, en acquiert la propriété, d'après une constitution de la fin du quatrième siècle [31]. Ce mode d'acquérir parait tenir à la fois de l'occupation et de l'usucapion.

B. Celui qui fait réparer un bâtiment qui lui appartient en commun avec d'autres personnes, en acquiert la propriété si ses copropriétaires ne lui remboursent pas sur sa demande, dans les quatre mois, les frais de réparations avec douze pour cent d'intérêt annuel [32].

C. Le fisc acquiert de plein droit les objets que quelqu'un cherche à introduire frauduleusement au préjudice des droits de la douane, *commissa* [33].

D. Enfin, par des dispositions particulières de la loi, les enfants acquièrent de plein droit, *lege,* certains biens de leurs parents, au cas que ces derniers convolent en secondes noces ou se rendent coupables d'adultère [34]. Rappelons aussi que celui qui tente de reprendre de vive force la chose détenue par un autre, en perd la propriété en faveur de ce dernier [35].

DES ACTIONS SERVANT A PROTÉGER LA PROPRIÉTÉ [36].

§ 200. I. *De la revendication* [37]. — *Notion et introduction historique.*

Dès les temps les plus reculés, le propriétaire qui avait perdu

[30] Fr. 2, pr. § 8, D., *de aqua et aquæ pluviæ arcendæ actione* 39, 3. — Fr. 3, § 4, D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20. — Ajoutez Fr. 28, D., *de probationibus* 22, 3. — Dans tous ces passages il s'agit de constructions relatives à l'écoulement des eaux dans les champs cultivés.

[31] L. 8, C., *de omni agro deserto* 11, 58 (L. 11, Th. C. 5, 15).

[32] Fr. 52, § 10, D., *pro socio* 17, 2. — L. 4, C., *de ædificiis privatis* 8, 10.

[33] Fr. 8. Fr. 14. Fr. 16, § 10, D., *de publicanis et vectigalibus et commissis* 39, 4. — Tit. C., *de vect. et commissis* 4, 61.

[34] Voy. ci-après le *Droit de famille,* livre IV.

[35] Voy. ci-dessus § 126, note 4.

[36] Voy. ci-dessus § 163 et § 176 à la fin.

[37] Voy. en général les titres de nos sources qui traitent : *De rei vindicatione.* Dig. 6, 1; Greg. Cod. 3, 2; Th. C. 2, 23; J. C. 3, 32.

la possession de sa chose, pouvait en poursuivre la restitution au moyen d'une *in rem actio*, appelée *rei vindicatio* [38]. Cette action s'introduisait dans le principe au moyen du *sacramentum*, et était accompagnée de certaines formalités ayant pour but soit de constater l'identité de l'objet réclamé, soit d'établir lequel des deux plaideurs aurait la possession de cet objet pendant le procès [39]. Quand il s'agissait d'une chose mobilière, les parties l'apportaient devant le préteur et la touchaient toutes deux avec un javelot, plus tard une baguette [40], feignant de se la disputer, jusqu'à ce que le préteur les séparât, en disant : *Mittite ambo rem.* Cette lutte fictive s'appelait *manuum consertio* [41]. Anciennement quand il s'agissait d'un immeuble, le préteur se rendait en personne sur le terrain contesté ; dans la suite les parties en apportaient une motte de terre [42] ; enfin on n'exigea plus d'elles que de faire semblant de s'y rendre [43]. Après avoir constaté l'identité de l'objet, les parties procédaient à la *sponsio sacramenti* et fournis-

[38] Voy. ci-dessus § 175.

[39] Gaius, 10, 16 suiv. — Ascon. Pæd. *in Verrin.* II, 1, 45.

[40] Gaius, IV, 16. « Festuca autem utebantur quasi hastæ loco, signo quodam justi dominii : omnium enim maxime sua esse credebant, quæ ex hostibus cepissent.

[41] Aulu-Gelle, *N. A.* XX, 10. « *Manum conserere* est, de qua re disceptatur, in re præsenti, sive ager sive quid aliud est, cum adversario simul manu prendere, et in ea re omnibus verbis vindicare. *Vindicia*, id est, correptio manus, in re atque in loco præsenti apud prætorem ex XII tabulis fiebat, in quibus ita scriptum est : SI QUI IN JURE MANUM CONSERUNT..... Quod videtur dixisse (Ennius), conferens *vim* illam *civilem festucariam*, quæ verbo diceretur, non quæ manu fieret, cum vi bellica et cruenta. » — Varron, *de lingua lat.* V, 7. « Sic conserere manum cum hoste dicimus. » — Pour les immeubles le résultat de la lutte était l'expulsion de l'une ou de l'autre des deux parties, *deductio*. Par la suite, quand la présence du préteur n'était plus considérée comme nécessaire dans ces opérations préparatoires, les parties se bornaient à se provoquer au combat, qu'elles faisaient semblant de se livrer sur les lieux contestés. Cela fait, elles apportaient une motte de terre ou un autre fragment du terrain contesté. C'est de cet usage que Cicéron dit *deductio quæ moribus fit.* — Voyez pour les détails, Cicéron, *pro Murena* 12. 13 ; *pro Cæcina* 1. 7. 8. 32 ; *pro Tullio* 16. — Festus vv. *superstites, vindiciæ.* — Gaius, IV, 17. — Toute cette procédure est bien exposée par M. Ortolan, dans son *Explication historique des Instituts*, t. II, p. 405 et suiv. (3e édition).

[42] De même une brique, une brebis quand il s'agissait d'une maison, d'un troupeau ; et, quand il s'agissait d'une succession, un objet quelconque qui en faisait partie. Gaius, IV, 17.

[43] Cic., *pro Murena*, 12. — Ce voyage fictif n'est plus mentionné par Gaius.

saient les cautions nécessaires [44]. — Avant de renvoyer l'affaire devant le juge, le préteur accordait alors la possession provisoire à l'une des parties [45]. Elle était tenue de fournir caution pour la restitution de la chose et des fruits, *prædes litis et vindiciarum* [46].

Ces anciennes formalités de la revendication ne passèrent pas dans le système formulaire. Nous y trouvons deux procédures différentes, l'une *per sponsionem*, l'autre *per petitoriam formulam*. — La première s'était formée à l'instar de la *legis actio per sacramentum*. On y stipulait une somme d'argent qui en apparence était l'objet du procès, mais qui n'était même plus mentionnée dans la *condemnatio*. La partie qui obtenait la possession n'avait pas besoin de fournir de *prædes*, mais elle garantissait la restitution éventuelle en s'obligeant personnellement au moyen d'une promesse formelle, *stipulatio pro præde litis et vindiciarum* [47].— La procédure *per petitoriam formulam* était plus simple. L'*intentio* se rapportait directement au droit du demandeur, et la *condemnatio*, directement au véritable objet de la demande. La question de savoir lequel du demandeur ou du défendeur aurait la possession, se décidait avant le procès par un *interdit retinendæ possessionis* [48].

Nous n'avons pas besoin de dire que dans la législation de Justinien il ne reste plus de traces de la procédure *per sponsionem*. C'est sur le modèle de la *formule pétitoire* que la revendication du droit nouveau s'est formée; encore cette procédure a-t-elle été

[44] Gaius, IV, 16.

[45] Cela s'appelait *vindicias dicere*. Gaius, IV, 16. La question de savoir à qui les *vindiciæ* devaient être attribuées se décidait sans doute d'après les circonstances. Si l'une des parties n'était pas prête à fournir la caution nécessaire, l'autre obtenait la préférence. Arg. Paul, *S. R.* I, 11, 1. — Quand il s'agissait d'une question de liberté (qui se jugeait également par vindication) la possession provisoire devait toujours être accordée à celui qui prétendait être libre, *vindiciæ secundum libertatem*. Ce fut contrairement à cette règle que le décemvir Appius adjugea la possession de Virginie à Claudius, qui la revendiquait comme son esclave. Tite-Live, III, 44 et suiv.

[46] Gaius, IV, 16. 91. 94. — Cic., *in Verrem* II, 1, 45. — *Lis* est dit pour l'objet litigieux, et *vindiciæ* indique les avantages résultant de la possession, c'est-à-dire les fruits « *Prædes litis et vindiciarum*, id est, *rei et fructuum* » Gaius, IV, 16. — Quant à d'autres significations du mot *vindiciæ*, voy. Aulu-Gelle, *N. A.*, XX, 10. — Festus v. *vindiciæ*, et M. Ortolan, *Explication hist. des Instituts*, t. II, p. 406 in f., 409 in f. (3e éd.).

[47] Gaius, IV, 91-94. — Voyez aussi Cic., *in Verrem* II, 1, 45, et Ascon. *ad h. l.*

[48] Gaius, IV, 41. 89. 91. 92.

simplifiée par suite de l'abolition de l'ancien *ordo judiciorum*. La question de la possession n'a plus besoin d'être décidée, le défendeur reste en possession jusqu'au jugement; toutefois il est permis au demandeur de cumuler l'interdit possessoire avec l'action pétitoire qu'il a intentée [49].

§ 201. *Conditions requises pour pouvoir intenter la revendication.*

1° *Objet de l'action.* La revendication étant fondée sur le droit de propriété, il est évident que tout ce qui peut être objet de ce droit est susceptible d'être revendiqué. Ainsi l'on peut revendiquer toutes les choses corporelles qui sont dans le commerce, les meubles et les immeubles, les choses fongibles et les choses non fongibles. Mais, comme la propriété suppose un objet individuellement déterminé, nous ne pouvons revendiquer des choses fongibles que pour autant qu'elles ne soient pas confondues avec d'autres choses fongibles du même genre et qu'elles puissent être reconnues comme nous appartenant [50]. Par le même motif on ne peut point revendiquer un ensemble de droits; il faut poursuivre séparément chaque chose qui est sujette à notre droit de propriété [51]. Il en est de même des choses collectives qu'on appelle *universitates rerum* ou *facti*. A l'égard de ces choses, on peut à la vérité se servir du nom collectif, troupeau, bibliothèque, etc., pourvu que la désignation soit précise et complète [52]; mais la demande et par conséquent le jugement ne se rapporteront qu'aux corps individuels dont l'ensemble se compose et qui nous appartiennent [53]. On peut aussi revendiquer une partie d'une chose. Cela ne souffre aucune difficulté quand cette partie est physiquement déterminée; mais le droit romain admet, sous certaines conditions, même la revendication d'une part indivise [54]. Si la chose dont nous vou-

[49] Voyez Fr. 12, § 1, D., *de acquir. poss.* 41, 2.

[50] Fr. 11, § 2. Fr. 14, D., *de rebus creditis* 12, 1. Voy. ci-dessus § 188.

[51] Fr. 56. D., *de rei vind.* 6, 1. « Vindicatio non ut gregis, ita et *peculii* recepta est, sed res singulas is, cui legatum peculium est, petet. » — Pour la *pétition d'hérédité*, qui pourrait, à la rigueur, être considérée comme une vindication de succession, voy. ci-après livre V.

[52] Fr. 6, D., *h. t.*— D'après une disposition positive de la loi, cette manière d'agir n'est permise que pour autant que nous soyons propriétaires de plus de la moitié des individus qui composent la chose collective. Fr. 1, § 3. Fr. 2, D., *eod.*

[53] Voy. ci-dessus § 116, note 42.

[54] Fr. 49, § 1, D., *h. t.* — Fr. 8, D., *eod.* « Pomponius libro XXXVI probat :

lons poursuivre la restitution est jointe à une autre chose de manière qu'elle n'ait plus une existence individuelle, nous sommes obligés d'en demander d'abord la séparation au moyen de l'*actio ad exhibendum* [55].

2° *Qui peut l'intenter?* Le propriétaire dont le droit est lésé de telle sorte qu'il ne puisse plus disposer de sa chose. Pareille lésion a lieu toutes les fois qu'un autre se trouve en possession de la chose et l'empêche ainsi d'exercer son droit. Le demandeur doit donc prouver *a*) qu'il est propriétaire de la chose qu'il revendique [56]. Cependant la preuve de l'*acquisition* suffit [57]; il n'a pas besoin de prouver qu'il *a encore actuellement* la propriété : car l'origine du droit étant constatée, son existence actuelle est présumée, et c'est à la partie adverse qui soutient que cet état de choses a été changé, d'en fournir la preuve [58]. Si le demandeur a acquis par un mode dérivé, il doit prouver que son auteur était propriétaire, parce que celui-ci n'a pas pu lui transmettre plus de droit qu'il n'en avait lui-même [59], *b*) que le défendeur est en possession de la chose

si ex æquis partibus fundum mihi tecum communem tu et Lucius et Titius possideatis, non ab utrisque quadrantem petere me debere, sed a Titio, qui non sit dominus, totum semissem. Aliter atque si certis regionibus possideatis eum fundum : nam tunc sine dubio et a te et a Titio partes fundi petere me debere. Quoties enim certa loca possidebuntur, necessario in his aliquam partem meam esse, et ideo te quoque a Titio quadrantem petere debere. Quæ distinctio neque in re mobili neque in hereditatis petitione locum habet : nunquam enim pro diviso possideri potest. » — Fr. 76, § 1, D., *eod.* « Incertæ partis vindicatio datur, si justa causa interveniat. Justa autem causa esse potest, si forte legi Falcidiæ locus sit in testamento propter incertam detractionem in legatis, quæ vix apud judicem examinatur. Justam enim habet ignorantiam legatarius, cui homo legatus est, si hæsitet, quotam partem vindicare debeat : itaque talis dabitur actio. Eadem et de ceteris rebus intelligemus. » — Voyez aussi § 28, I., *de rer. div.* 2, 1 et Fr. 3, § 2. Fr. 5, pr. D., *de rei vind.* 6, 1.

[55] Fr. 23, § 5, D., *h. t.* — Fr. 6, D., *ad exhibendum* 10, 4. — Voyez ci-dessus § 187, note 57 et ci-après livre III.

[56] Exceptionnellement le pupille et le soldat ont une *utilis actio* pour revendiquer les choses achetées de leurs deniers. Fr. 2, D., *quando ex facto tutoris* 26, 9 ; L. 3, C., *arbitr. tutelæ* 5, 51. — L. 8, C., *de rei vind.* 3, 32. — Un privilége analogue est accordé dans un cas spécial à la femme mariée. Fr. 55. D., *de donat. inter virum et ux.* 24, 1.

[57] Fr. 23, pr. D., *h. t.* « In rem actio competit ei, qui aut jure gentium, aut jure civili dominium acquisivit. »

[58] Voir ci-dessus § 151, note 83.

[59] Fr. 54, D., *de reg. juris* 50, 17. — Fr. 20, pr. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. « Traditio nihil amplius transferre debet vel potest ad eum, qui accipit quam

réclamée; car c'est précisément ce fait qui constitue la lésion du droit du demandeur[60]. Celui qui est en possession de sa chose n'est point recevable à intenter la revendication sous prétexte qu'un autre lui conteste sa propriété; tant que ce dernier ne l'empêche pas d'exercer son droit, il n'y a pas de lésion, partant pas d'action [61].

3° *Contre qui peut-elle être intentée?* Contre celui qui possède notre chose [62] et nous empêche ainsi d'exercer notre droit de propriété [63]. Il faut cependant distinguer si le défendeur possède en son nom propre ou s'il ne fait que détenir au nom d'un autre. Dans le premier cas, il est toujours tenu de répondre à l'action; dans le second, il peut éviter le procès, en désignant le véritable possesseur, *dominum nominare,* contre lequel le demandeur doit alors diriger sa poursuite [64]. — Il peut se faire qu'on soit soumis à la revendication, quoiqu'on ne possède point la chose dont il s'agit. *a*) Le possesseur de mauvaise foi peut être poursuivi bien qu'il ne possède plus, pourvu que ce soit dans une intention frauduleuse ou au moins par sa faute qu'il ait cessé de posséder, *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret* [65]. *b*) Celui qui répond

est apud eum, qui tradit. Si igitur quis dominium in fundo habuit, id tradendo transfert : si non habuit, ad eum, qui accipit, nihil transfert. » Pour éviter cette preuve souvent fort difficile, le demandeur peut préférer à la revendication l'action Publicienne, dans laquelle il suffit de prouver le juste titre, en vertu duquel il a acquis la possession de la chose. Ci-après § 204, notes 100 et suiv.

[60] Fr. 1, § 6, D., *uti possidetis* 43, 17. — Voy. ci-après notes 62-68.

[61] § 2, I., *de actionibus* 4, 6. « ... In his (controversiis rerum corporalium) agit qui non possidet... Sane uno casu, qui possidet nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. » La fin de ce passage, qui semble indiquer une exception à la règle générale, a beaucoup embarrassé les commentateurs. Nous chercherons à l'expliquer ci-après § 223, note 4.

[62] C'est par ce motif que souvent le défendeur dans la revendication est appelé *possessor.*

[63] § 1, in f. I., *de action.* 4, 6. — Fr. 9. Fr. 36, pr. D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 25, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7. — L. 1, C., *ubi in rem actio.* 3, 19.

[64] Fr. 9, D., *h. t.* — L. 2, C., *ubi in rem actio.* 3, 19.

[65] Ce cas de *possessio ficta* fut d'abord introduit pour les successions héréditaires par un sénatusconsulte du temps d'Adrien qu'on appelle souvent sans aucune raison *senatusconsultum Juventianum.* Le même principe fut par la suite appliqué aux revendications. Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.* 5, 3. — Fr. 27, § 3. Fr. 36, pr. D., *h. t.*; Fr. 131. 157, § 1, D., *de reg. juris* 50, 17. — D'après les termes : *qui dolo desiit possidere, qui dolo fecit quominus possideret,* on

à l'action comme s'il possédait la chose, *qui liti se obtulit* [66]. Les modernes désignent ces deux cas par le nom de *ficta possessio,* parce que le défendeur y est considéré comme s'il possédait, bien que la chose ne se trouve point en son pouvoir. Il résulte de cette fiction qu'il sera condamné à la restitution de la chose, et faute de le faire, au payement de la valeur estimative [67]. — Remarquons encore que le possesseur qui nie sa possession est condamné à la perdre en faveur du demandeur, sans que celui-ci ait besoin de prouver sa propriété [68].

§ 202. *But et effet de la revendication.*

En intentant la revendication, nous soutenons que la chose litigieuse nous appartient, *rem meam esse* [69]. Notre but est donc d'être reconnu propriétaire de la chose revendiquée. De là il résulte que le défendeur sera condamné à restituer la chose en l'état où elle se trouvait au moment de la *litis contestatio,* avec les accessions, *cum omni causa* [70].

La restitution doit se faire en nature [71]. Au cas qu'elle serait

pourrait croire qu'il ne s'agit que de celui qui, par un fait frauduleux, a cessé de posséder; mais l'explication que nous en donnons dans le texte résulte des paroles du sénatusconsulte et de l'interprétation donnée par Ulpien au Fr. 25, § 2, D., *de hered. petit.* 5, 3.

[66] Fr. 25. 26. 27, pr. D., *h. t.*— Le motif de cette *oblatio* peut être de donner à un autre l'occasion et le temps d'usucaper la chose revendiquée.

[67] Voir ci-après notes 77-79.

[68] Fr. 80, D., *h. t.* — Fr. 20, § 1, D., *de interrog. in jure fac.* 11, 1.—Voir aussi *Nov.* 18, c. 10.

[69] Gaius, IV, 16. « ... Qui vindicabat, festucam tenebat, deinde ipsam rem apprehendebat, velut hominem, et ita dicebat : Hunc ego hominem ex jure Quiritium meum esse aio... » — Le même, II, 24. IV, 5. — § 1, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 35, § 1, D., *h. t.*

[70] Voir ci-dessus § 139, notes 91. 97.

[71] Il en était ainsi du temps de la *legis actio per sacramentum*. Gaius, IV, 48. Dans le système formulaire, la condamnation portait à la vérité une somme d'argent; mais la nature arbitraire de la revendication permettait au défendeur d'éviter la condamnation pécuniaire, souvent exorbitante, en faisant restitution de la chose. (Ci-dessus § 131, note 50; § 136, n° III). Dans le système nouveau des *extraordinaria judicia* le juge condamne directement à la restitution en nature, et le demandeur peut l'obtenir au moyen de la force armée, *manu militari*. Fr. 68, D., *h. t.* — L. 21, C., *eod.* — § 2, I., *de officio judicis.* 4, 17.

impossible [72], il faut distinguer : 1° Si l'impossibilité ne peut être imputée au défendeur, il n'est tenu de rien [73]. Cependant le possesseur de mauvaise foi est responsable de tout dommage envers le propriétaire, toutes les fois que celui-ci aurait pu éviter ou prévenir la perte, si la chose lui avait été restituée plus tôt [74]. 2° Si la restitution est devenue impossible par la faute du défendeur, *culpa*, il doit la valeur de l'objet litigieux, et en outre les dommages et intérêts, *æstimatio rei* ou *litis* [75]. Moyennant ce payement, il obtient la cession du droit du demandeur et des actions qui en découlent; il peut par conséquent se mettre en possession de la chose si elle existe encore, et qu'il la découvre par la suite [76]. 3° Si c'est dans une intention frauduleuse, *dolo*, que le défendeur a rendu la restitution impossible, il est tenu de tout dommage, d'après l'évaluation que le demandeur lui-même peut faire sous serment, *jusjurandum in litem* [77]. Dans ce cas le payement de l'estimation ne confère aucun droit au défendeur; le demandeur conserve sa propriété et peut revendiquer la chose partout où il la trouve [78]. Il est évident que ces règles s'appliquent également à celui qui est condamné comme *fictus possessor* [79].

Les *accessions, causa rei*, que le défendeur est tenu de restituer avec la chose même, sont prises dans le sens le plus étendu [80] et

[72] Quand elle est impossible *pour le moment* seulement, le demandeur peut obtenir un délai moyennant caution. § 2, I., *de off. jud.* 4, 17. — Fr. 34. 53, D., *de rei vind.* 6, 1. — L. 2, C., *eod.* 3, 32.

[73] Fr. 27, § 1, D., *h. t.*

[74] Fr. 40, pr. D., *de hereditatis petit.* 5, 3. — Fr. 15, § 3, D., *h. t.* — Fr. 30, § 1, D., *de jurejurando* 12, 2.

[75] Si le défendeur a aliéné la chose *ex necessitate*, par exemple, des fruits qui se gâtent, etc., il ne doit restituer que le prix de vente qu'il a reçu lui-même. Fr. 15, § 1, D., *h. t.*

[76] Le motif de cette disposition est que l'acceptation de l'*æstimatio* de la part du demandeur équivaut à une transaction ou à une vente. Fr. 46. 47. 63, D., *h. t.* — L. 21, C., *eod.*

[77] Fr. 68. 71, D., *h. t.* — Fr. 4, § 4. Fr. 5, § 3, D., *de in litem jurando* 12, 3. — Sur la nature et les effets du *jusjurandum in litem* voy. ci-après livre III.

[78] Fr. 69. 70, D., *h. t.* — Fr. 95, § 9, D., *de solutionibus* 46, 3.

[79] Voir ci-dessus § 201, notes 64 et suiv.

[80] Voir ci-dessus § 139, note 98. — Fr. 13. Fr. 17, § 1. Fr. 20, D., *h. t.* « ... Nec enim sufficit, corpus ipsum restitui, sed opus est, ut et causa rei restituatur, id est, *ut omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, quo judicium accipiebatur, restitutus illi homo fuisset.* — Fr. 2. 3, § 1.

embrassent également les *fruits*. A l'égard de ces derniers, on distingue : le possesseur de mauvaise foi doit restituer tous les fruits qu'il a perçus, *fructus percepti*, et même ceux qu'il aurait pu tirer de la chose et qu'il a négligé de recueillir, *fructus percipiendi* [81]. Le possesseur de bonne foi doit ceux qui se trouvent encore chez lui, *fructus exstantes;* il n'est point tenu de ceux qu'il a consommés, *fructus consumti,* moins encore de ceux qu'il n'a pas perçus [82]. Ces règles au reste ne se rapportent qu'aux fruits produits avant la *litis contestatio;* car après cet acte de la procédure, le possesseur de bonne foi est mis sur la même ligne que le possesseur de mauvaise foi [83].

Le défendeur, de son côté, peut opposer à la revendication différentes *exceptions*. Ainsi, il peut se servir de l'*exceptio rei venditæ et traditæ,* dont nous avons expliqué l'origine et l'utilité ci-dessus § 191 [84]. Il peut également refuser la restitution de la chose, en soutenant qu'il a le droit de la tenir en vertu d'un droit d'usufruit, d'un droit de gage, d'un contrat de louage, de prêt, etc. [85]. Enfin il peut, selon les circonstances, obtenir le remboursement des impenses qu'il a faites sur la chose revendiquée. Il ne peut pas, à la vérité, demander à être indemnisé du prix qu'il a payé pour l'acquisition de la chose [86]; mais à l'égard des *impenses* faites depuis l'acquisition, on distingue : Les impenses *nécessaires* doivent être restituées à tout possesseur, le voleur excepté [87].

Fr. 8. Fr. 38, § 7. 11, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 33. Fr. 75. Fr. 246, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[81] L. 22. C., *h. t.* — § 35, I., *de rer. div.* 2, 1; § 2, I., *de off. jud.* 4, 17. — Fr. 62, § 1, D., *h. t.*

[82] Voir les passages cités dans la note précédente et Fr. 78, D., *h. t.*

[83] Voir les passages de la note 81 et Fr. 20, § 11. Fr. 25, § 7, D., *de heredit. pet.* 5, 3; Fr. 45, D., *h. t.*; L. 2, C., *de fructibus et lit. expens.* 7, 51.

[84] Aux exemples que nous avons indiqués au § 191, on doit ajouter: l'*exc. rei vend. et trad.* peut être opposée au véritable propriétaire devenu héritier de celui qui avait vendu sans être propriétaire (Fr. 1, § 1, D., *de exc. rei vend. et trad.* 21, 3; L. 14, C., *de rei vind.* 3, 32.), ainsi qu'au vendeur qui revendique en se fondant sur ce que l'acheteur n'a pas encore payé le prix d'achat. Arg. Fr. 1, § 2. 3, D., *de exc. rei vend.* 21, 3.

[85] Fr. 20, D., *de acq. poss.* 41, 2. — *Nov.* 18, c. 10.

[86] L. 3. 23, C., *h. t.* — L. 1, C., *ubi in rem actio.* 3, 19. — L. 2, C., *de furtis* 6, 2. — L. 16, C., *de evictionibus* 8, 45. — Par des motifs d'équité on a admis quelques exceptions Fr. 6, D., *de captivis* 49, 15; L. 14. 16, C., *de prædiis et aliis rebus minorum* 5, 71.

[87] L. 5. C., *h. t.*

Quant aux autres, le défendeur a le droit de les enlever, s'il le peut sans détériorer la chose, *jus tollendi*. Le droit cesse, si le demandeur préfère les garder en offrant d'en payer le prix [88]. Si le résultat des impenses ne peut être séparé de la chose, le possesseur de bonne foi a le droit d'en exiger le remboursement pour autant que le propriétaire en profite, *impensæ utiles* [89]; le possesseur de mauvaise foi n'a pas ce droit. — Enfin tout possesseur peut demander à être indemnisé des impenses qu'il a faites pour la production des fruits qu'il doit restituer [90]. — Pour faire valoir ces droits, le défendeur peut se servir de l'exception de dol, et retenir la chose tant qu'il n'est pas satisfait, *jus retentionis* [91].

§ 203. II. *De l'action négatoire ou négative* [92].

Cette action ne diffère de la revendication que par l'étendue de la lésion que notre droit de propriété a subie de la part du défendeur. Pour que nous puissions intenter la revendication, il faut que nous soyons entièrement empêché de disposer de notre chose, en d'autres termes, que nous soyons dépossédé. Toute atteinte d'une importance moins grande suffit pour nous donner l'action négatoire. Le plus souvent pareille lésion provient de ce qu'un autre soutient qu'il a un *jus in re*, particulièrement une servitude sur notre bien. C'est pourquoi on représente quelquefois cette action comme exclusivement destinée à faire cesser l'exercice d'une servitude qu'un autre a usurpée. Mais son usage est plus général, et elle peut être intentée toutes les fois que quelqu'un nous empêche d'agir en propriétaire d'une manière aussi étendue que nous en avons le droit, pourvu que la lésion que nous subissons ne soit pas assez grave pour que nous puissions intenter la revendication [93].

[88] Fr. 27, § 5. Fr. 28. 29. Fr. 37. 38, D., *h. t.* — L. 5, C., *eod.*

[89] § 30, I., *de rer. div.* 2, 1. — Encore ne le peut-il que pour autant qu'elles dépassent la valeur des fruits qu'il a gagnés. Fr. 48. Fr. 65, pr. D., *h. t.* coll. Fr. 28, D., *de pignor. act.* 13, 7.

[90] L. 1, C., *de fructibus et lit. expensis* 7, 51. Arg. Fr. 36, § 5, D., *de hered. pet.* 5, 3.

[91] Fr. 48, D., *h. t.* — Fr. 14, § 1. — Fr. 29, pr. D., *communi divid.* 10, 3. — Fr. 33, D., *de condict. indeb.* 12, 6. — Fr. 14, D., *de doli mali exceptione* 44. 4.

[92] Cette action est aussi appelée *actio contraria* dans le Fr. 8, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[93] Fr. 13, pr. Fr. 17, pr. D., *si servit. vindicetur* 8, 5. — Fr. 6, § 2, D., *arborum furtim cæsarum* 47, 7.

Le demandeur soutient donc qu'il est propriétaire et que le libre exercice de son droit de propriété a été lésé par le défendeur [94]. Dès que ces deux points sont prouvés, sa tâche est accomplie. Le défendeur, en contestant l'action, peut soutenir qu'il a le droit de faire l'acte dont le demandeur se plaint ; mais il doit naturellement en fournir la preuve, puisque la propriété est de sa nature un droit libre et illimité [95].

Le but de l'action est que le droit de propriété du demandeur soit reconnu. Par conséquent le défendeur sera condamné à lui laisser librement exercer son droit [96] ; on déclare implicitement par là que la restriction, usurpée par le défendeur, n'existe point. C'est de cette déclaration négative que vient le nom : *actio negatoria*, ou *negativa* [97]. Pour garantir l'exécution de la sentence, le juge peut imposer au défendeur une caution afin de prévenir tout trouble ultérieur. En outre il peut y avoir condamnation aux dommages et intérêts [98].

§ 204. III. *De l'action Publicienne* [99].

Nous avons expliqué ci-dessus l'origine de la fiction qui sert de base à l'action Publicienne, et qui consiste à considérer comme propriétaire celui qui n'est que possesseur *ad usucapionem*. L'ac-

[94] Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petat.* 7, 6; Fr. 2, pr. Fr. 4, § 7, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — L'action négatoire est même donnée sans qu'il y ait lésion réelle quand une personne soulève des prétentions qui peuvent faire craindre une lésion à venir. Fr. 5, § 6, D., *si ususfr. pet.* 7, 6 ; — Fr. 6, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[95] Voir ci-après § 224, notes 15-18.

[96] Selon les circonstances le but de l'action peut donc être éventuellement même la restitution de la chose, par exemple quand un autre usurpe l'usufruit de mon bien. Mais dans ce cas je pourrais également me servir de la revendication. Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petatur.* 7, 6.

[97] § 2, I., *de actionibus* 4, 6. — Fr. 2, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5.

[98] Fr. 5, pr. § 6. D., *si ususfr. pet.* 7, 6.—Fr. 4, § 2. Fr. 7. Fr. 12. Fr. 14, pr. D., *si serv. vind.* 8, 5. — L. 8, C., *de servitutibus* 3, 34.

[99] Voir Tit. D., *de Publiciana in rem actione* 6, 2. Faisons observer que le nom de *Publiciana* est également donné à une action qui repose sur une fiction diamétralement opposée, savoir qu'une usucapion accomplie est considérée comme n'ayant pas eu lieu. C'est un cas de restitution pour cause d'absence introduit par le prêteur Publicius. Voir ci-dessus § 158, n° 6, et § 198, note 26. Les commentateurs l'appellent aussi *rescissoria Publiciana* pour la distinguer

tion Publicienne ne diffère donc de la revendication que par la qualité du demandeur.

Tandis que le demandeur dans la revendication doit prouver son droit de propriété, il suffit dans l'action Publicienne qu'il établisse le juste titre de sa possession [100]. Car dès lors, la bonne foi n'ayant pas besoin d'être prouvée, il réunit les conditions générales de la possession *ad usucapionem* [1]. En général sa position est donc infiniment plus avantageuse que celle du demandeur dans la revendication, lequel est obligé de prouver le droit de propriété de ses auteurs, toutes les fois qu'il a acquis la chose par un mode dérivé. Pour éviter cette preuve souvent difficile et compliquée, le propriétaire peut trouver préférable de se servir de l'action Publicienne, dans laquelle il a satisfait à toutes les conditions dès qu'il établit le juste titre en vertu duquel il a acquis la possession de la chose litigieuse. C'est par cette raison que, de fait, l'action Publicienne est d'une application plus fréquente que la revendication.

L'action Publicienne peut être intentée contre tout possesseur de la chose, qui n'a pas au moins un aussi bon droit que le demandeur. Elle ne peut être intentée contre le propriétaire; car la vérité l'emporte sur la fiction et la propriété jouit d'une protection absolue [2]. Elle est donnée sans restriction contre le possesseur sans titre ou sans bonne foi. Mais qu'arrivera-t-il quand elle est intentée contre quelqu'un qui possède également *ad usucapionem?* Dans ce conflit, si les deux parties tiennent leur droit du même auteur, le jugement sera en faveur de celle à qui la tradition a été

de celle dont nous parlons dans ce paragraphe. Fr. 28, § 5, D., *ex quibus causis majores* 4, 6.

[100] « Ait Prætor : SI QUIS ID QUOD TRADITUR EX JUSTA CAUSA, NON A DOMINO ET NONDUM USUCAPTUM PETET, JUDICIUM DABO. » Fr. 1, pr. D., *h. t.* — Il faut donc que le demandeur ait *possédé* la chose. Fr. 12, § 7, D., *eod.* Exceptions: Fr. 11, § 2. Fr. 12, § 1, D., *eod.* — Il faut en outre qu'il ait acquis la possession par tradition. Exceptions : Fr. 1, § 2. Fr. 2. Fr. 7, pr. D., *eod.;* Fr. 18, § 15, D., *de damno infecto* 39, 2.

[1] Il ne faut pas perdre de vue que l'action Publicienne ne peut avoir lieu à l'égard des choses dont l'usucapion est *prohibée.* (Ci-dessus § 196, A). Fr. 9, § 5. Fr. 12, § 2. 4, D., *h. t.*

[2] Fr. 16. 17, D., *h. t.* C'est dans ce cas qu'on peut parler d'une *exceptio justi dominii*, qui aura pour effet de paralyser l'action Publicienne. Cependant il peut se faire que cette exception soit à son tour détruite par une *replicatio rei venditæ et traditæ* ou *rei judicatæ.* Fr. 4, § 32, D., *de doli exc.* 44, 4. – Fr. 24, D., *de exc. rei jud.* 44, 2.

faite en premier lieu; dans le cas contraire la préférence est accordée à celle qui se trouve en possession [3].

Quant au but et aux effets, l'action Publicienne est en tout analogue à la revendication [4].

Le principe de l'action Publicienne, d'abord restreint au cas où la lésion provient de ce qu'un autre détient corporellement la chose que nous poursuivons, a été par la suite généralisé, et on l'applique particulièrement par extension à l'exercice des servitudes. Voir ci-après § 223, 224.

COMMENT LA PROPRIÉTÉ SE PERD.

§ 205.

Le droit de propriété suppose comme conditions essentielles une *chose* soumise à notre *volonté* conformément à la *loi* qui nous assure protection. Il est évident qu'il doit cesser dès que l'une de ces trois conditions vient à manquer. La propriété se perd donc :

I. Lorsque la chose périt ou est consommée [5]. Il en est de même quand elle se trouve dans une condition qui la rend inhabile de la propriété privée. Ainsi nous perdons la propriété du champ couvert par la mer, et du terrain dans lequel un mort est enterré [6]. Par des motifs analogues nous cessons d'avoir la propriété des animaux sauvages qui recouvrent leur liberté naturelle et des

[3] Cette règle se trouve exprimée de la manière la plus positive par Julien et Ulpien dans le Fr. 9, § 4, D., *h. t.* Elle est de plus appliquée par analogie dans le Fr. 14, D., *qui potiores in pignore* 20, 4. — Cependant un fragment de Neratius accorde la préférence dans tous les cas à celui à qui la tradition a été faite en premier lieu. Fr. 31, § 2, D., *de act. emti* 19, 1. « ... Sive ab eodem emimus, sive ab alio, atque alio, is ex nobis tuendus est, qui prior jus ejus apprehendit, hoc est, cui primum tradita est. » L'opinion de Julien et d'Ulpien comme étant d'une date plus récente semble mériter la préférence; peut-être y aurait-il moyen de concilier les deux passages en admettant que Neratius parle du cas où un possesseur dépossédé est intervenu dans une action Publicienne intentée par un autre contre le tiers possesseur sans titre.

[4] Fr. 7, § 8, D., *h. t.* « In Publiciana actione omnia eadem sunt, quæ et in rei vindicatione diximus. »

[5] § 16, I., *de legatis* 2, 20.

[6] Fr. 23, D., *quib. modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 3, § 7, D., *de fluminibus* 43, 12. — Fr. 30, § 1, D., *de acq. poss.* 41, 2. Pour le cas où un tiers enterre un mort dans notre terrain, voyez § 9, I., *de rer. div.* 2, 1 et Fr. 7. 8, D., *de religiosis* 11, 7.

animaux apprivoisés qui perdent l'habitude du retour [7]. Enfin le butin repris par l'ennemi est perdu pour nous en vertu du *jus postliminii* qui dans ce cas opère en faveur de l'ennemi [8].

II. Par notre volonté, soit que nous nous bornions à ne vouloir plus être propriétaire, soit que nous ayons l'intention de transférer notre propriété à un autre. — Dans le premier cas, la chose que nous abandonnons devient *res nullius, res derelicta*, et peut être acquise par le premier venu [9]. — Le second cas constitue une *aliénation*. En général toute personne capable de disposer de ses droits (§ 121) est également capable d'aliéner. Toutefois la loi a introduit quelques restrictions, particulièrement : *a*) Les choses litigieuses ne peuvent point être aliénées [10]. *b*) Le mari ne peut aliéner l'immeuble qui lui a été donné en dot, *fundus dotalis* [11]. *c*) Les pupilles sont absolument incapables d'aliéner sans l'autorisation du tuteur [12]. *d*) La capacité des mineurs est restreinte sous plusieurs rapports [13]. Quand il s'agit de ces défenses, le mot *aliénation* doit être pris dans le sens le plus étendu ; il désigne non-seulement le transfert de la propriété en entier, mais il comprend aussi tout démembrement quelconque, tel que la constitution d'un *jus in re*, particulièrement d'une servitude ou d'un droit d'hypothèque [14]. L'aliénation faite au mépris d'une défense légale n'a point pour effet de transférer la propriété ; elle ne sert pas même de titre à l'usucapion ordinaire [15]. — La défense d'alié-

[7] § 12. 15, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 3, § 2. Fr. 4. Fr. 5, pr. § 4. 5. Fr. 34. 58, D., *de acquir. rerum dom.* 41, 1. — Fr. 43, § 4 sqq., D., *de furtis* 47, 2.

[8] Arg. § 17, I., *de rer. div.* 2, 1. « Item ea quæ ex hostibus capimus, jure gentium statim nostra fiunt : adeo quidem, ut et liberi homines in servitutem nostram deducantur, qui tamen, *si evaserint nostram potestatem, et ad suos reversi fuerint, pristinum statum recipiunt.* » — Cf. Cic., *pro Balbo* 12.

[9] § 47, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 1, § 1, D., *pro derelicto* 41, 7.

[10] L. 4, C., *de litigiosis* 8, 37.

[11] Pr. I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Voir ci-après livre IV, titre I.

[12] § 2, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Voir ci-après livre IV, titre III.

[13] Voir ci-après livre IV, titre III.

[14] L. ult. C., *de reb. alien. non alienandis* 4, 51. Ajoutez Fr. 28, pr. D., *de verb. signif.* 50, 16. « *Alienationis* verbum etiam *usucapionem* continet ; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutem. » — Voir ci-dessus § 119, notes 15. 16.

[15] L. 5, C., *de legibus* 1, 14. — Voir ci-dessus § 196, A..

ner imposée par convention ou par testament n'a point pour effet d'annuler l'aliénation qui se fait contrairement à la défense; mais elle peut faire naitre, s'il y a lieu, une action en dommages et intérêts à la charge de la personne à laquelle cette restriction a été imposée [16].

III. Lorsque la loi refuse de reconnaitre notre pouvoir et de le protéger. Il est d'abord évident que la mort civile, *capitis deminutio magna,* qui nous prive de toute capacité civile, nous fait également perdre la propriété des choses que nous avons en notre pouvoir. La *capitis deminutio minima* produisait autrefois le même effet, mais Justinien a introduit dans cette matière des modifications que nous exposerons ci-après au livre IV. Dans la plupart de ces cas, au reste, la perte de la propriété est une conséquence inévitable de ce que les biens de celui qui subit la diminution sont par la loi attribués à l'État ou à une autre personne. En effet, c'est un principe qui dérive de la nature de la propriété, que la même chose ne puisse appartenir en entier à deux personnes différentes. *Plures eandem rem in solidum habere non possunt* [17]. De ce que la loi donne à un autre la propriété de notre chose, il résulte nécessairement que dès ce moment nous cessons d'en être propriétaire. Nous avons vu de nombreuses applications de cette règle, quand nous avons traité de la spécification, de l'accession, de l'usucapion et des cas dans lesquels la propriété est transmise sans que la volonté du propriétaire y concoure. Nous devons également ranger dans cette catégorie la révocation de la propriété acquise sous condition résolutoire, dont nous avons parlé avec plus de détail ci-dessus § 178, n° 3.

[16] Nous reviendrons sur cette matière quand nous traiterons *des obligations* et du *droit héréditaire* (ci-après livre III et V).

[17] Voir ci-dessus § 178, n° 2.

TITRE DEUXIÈME.

DES SERVITUDES.

NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 206.

Le mot *servitus* indique un rapport de soumission, une restriction de liberté. Appliqué aux choses corporelles, il signifie que la propriété de ces choses est assujettie à certaines restrictions qui ont pour effet de diminuer la liberté illimitée qui est de la nature de ce droit. Le même mot sert aussi à désigner le droit de celui en faveur duquel ces restrictions sont établies. — Tout démembrement du droit de propriété constitue donc une servitude, et rien ne semble s'opposer à ce que ce nom soit appliqué d'une manière générale à tous les *jura in re*[1]. Cependant les Romains ont réservé la dénomination de servitude à une classe particulière de droits réels, et ils ont employé des termes nouveaux pour désigner les autres catégories de *jura in re* plus ou moins analogues. La raison en est probablement qu'à l'époque où ces dernières furent créées, le système des anciennes servitudes était déjà trop développé pour qu'il fût possible d'y faire entrer des institutions nouvelles.

Pour qu'une servitude existe, il faut donc que l'exercice d'un droit de propriété ait été restreint par le démembrement de certains éléments contenus dans l'idée originaire de ce droit[2]. Pareil démembrement peut se faire de deux manières : 1° L'exercice de notre propriété peut être restreint parce que nous n'avons pas le droit de faire tout ce que nous pourrions faire si le *jus in re*

[1] Dans le Fr. 86, § 4, D., *de legatis I* (30) le droit de superficie est en effet qualifié de *servitude*.

[2] Une chose qui n'est grevée d'aucune servitude, et dont la propriété est libre et illimitée, est appelée *res optima maxima*. Fr. 90, D., *de verb. signif.* 50, 16. « Ædes optimæ maximæ. » — Fr. 169, D., *eod.* « Fundus optimus maximus. » — Ce terme a cependant encore une signification plus étendue. Paul, *S. R.*, VI, 27 B, 45.

n'existait pas; la restriction consiste à ne pas faire quelque chose, *non faciendo*. 2° L'exercice de notre propriété peut être limité en ce que nous devons souffrir qu'un autre fasse quelque chose que nous serions en droit de l'empêcher de faire si le *jus in re* n'existait pas; la restriction consiste à souffrir quelque chose, *patiendo* [3].

On pourrait imaginer un troisième cas, savoir : que le propriétaire de la chose soumise serait tenu de faire quelque chose, que la charge imposée à la propriété consisterait *faciendo*. Mais une pareille soumission ne peut jamais donner lieu à un *jus in re*. Car d'abord cette charge imposée au propriétaire ne serait ni une restriction ni un démembrement du droit de propriété. Ensuite elle serait tout à fait incompatible avec l'idée du droit réel, lequel doit exister abstraction faite de tout homme hors celui qui a le droit: or, l'obligation de faire quelque chose suppose toujours une personne déterminée à qui elle incombe; elle ne peut donc jamais être l'objet d'un droit réel [4].

Le droit de servitude est protégé par une *in rem actio*, appelée *confessoria*, parce qu'elle tend à faire reconnaître que le droit nous compète (ci-après § 223).

Avant d'examiner les diverses espèces de servitudes, nous exposerons quelques principes généraux qui dérivent soit de la nature même des servitudes, soit des dispositions de la loi.

1° Comme la servitude est un démembrement du droit de propriété, elle n'est jamais présumée exister. Celui qui veut s'en prévaloir doit en prouver l'existence et l'étendue. — 2° Personne ne peut avoir une servitude sur sa propre chose. *Nulli res sua servit* [5]. —3° On ne peut établir de servitudes sur une servitude [6]; car, pour

[3] Fr. 15, § 1, D., *de servitutibus* 8, 1. « Servitutum non ea natura est, ut aliquid faciat quis... sed ut aliquid patiatur aut non faciat. »

[4] Fr. 15, § 1, D., *de servitut.* 8, 1 cité à la note précédente. Fr. 6, § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 81, § 1, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Il y a une exception de cette règle pour la *servitus oneris ferendi*. Ci-après § 214, note 2.

[5] Fr. 26, D., *de servit. prædiorum urbanorum* 8, 2. « Nulli... res sua servit. » —Fr. 33, § 1, D., *de servit. prædiorum rusticorum* 8, 3. « Nullum prædium ipsum sibi servire... potest. » — Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petatur* 7, 6. — Fr. 78, pr. D., *de jure dotium* 23, 3.

[6] Fr. 1, D., *de usu et usufructu per legat. datis* 32, 2. « Servitus servitutis esse non potest. » — Fr. 33, § 1, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3.— Il est cependant permis de concéder à un autre l'usage d'une servitude constituée en

qu'il y ait servitude, il faut un droit de propriété dont on démembre certains éléments [7]. — 4° La servitude doit procurer un avantage à celui en faveur duquel elle est établie [8]. — 5° Les servitudes sont indivisibles [9]. En effet, l'objet de la servitude est de souffrir ou de ne pas faire quelque chose; et l'on ne saurait évidemment pas appliquer l'idée de la divisibilité à ces deux manifestations de soumission [10]. Ce principe souffre exception à l'égard de l'usufruit; nous en expliquerons la raison ci-après [11]. — 6° Le propriétaire de la chose assujettie ne peut rien faire qui tende à empêcher l'usage de la servitude ou à le rendre plus incommode [12]. De son côté, celui qui a le droit de servitude doit en user de la manière la moins onéreuse pour la chose grevée, *civiliter* [13]. — 7° Les servitudes, étant des choses incorporelles, ne sont pas à la rigueur susceptibles d'être

notre faveur. Pareille concession fait naître un droit d'obligation. Voir les passages cités.

[7] Il y a encore une autre raison qui s'oppose à ce qu'on établisse une *servitus servitutis*. En effet les servitudes sont inaliénables (ci-après § 217); or le démembrement d'une servitude constituerait une aliénation des pouvoirs qu'elle contient.

[8] Fr. 15, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Quoties nec hominum, nec prædiorum servitutes sunt, quia nihil vicinorum interest, non valet; veluti ne per fundum tuum eas aut ibi consistas. » — Voyez au reste ci-après § 215, notes 84. 85.

[9] *Fragmentum Pomponii.* « Et servitutes dividi non possunt : nam earum usus ita connexus est, ut, qui eum partiatur, naturam ejus corrumpat. » — Fr. 11. Fr. 17, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 6, § 1, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 6, § 4, D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[10] Il en résulte qu'on ne peut *acquérir*, ni *exercer*, ni *perdre* une servitude *partiellement*. De cette règle découlent des conséquences très-importantes que nous exposerons quand nous traiterons de l'acquisition et de l'extinction des servitudes. Quant à l'exercice des servitudes, nous renvoyons aux passages suivants : Fr. 4, § 3. 4. Fr. 6, § 4, D., *si serv. vind.* 8, 5. — Fr. 23, § 3. Fr. 25. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3; Fr. 19, § 4, D., *communi divid.* 10, 3.

[11] Fr. 1, § 9, D., *ad legem Falcidiam* 35, 2. — Fr. 19, D., *de usu et habitatione* 7, 8. Voy. ci-après § 207.

[12] Fr. 13, § 1, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Il en résulte que le propriétaire de la chose assujettie doit souffrir tout ce qui est nécessaire pour l'exercice de la servitude (Fr. 10, D., *de servit.* 8, 1; Fr. 3, § 3. Fr. 14, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3; Fr. 11, D., *comm. præd.* 8, 4; Fr. 3, § 16. Fr. 4, pr. D., *de itinere actuque priv.* 43, 19), et qu'il ne peut point établir de servitudes nouvelles qui empêcheraient l'usage d'une servitude déjà existante (Fr. 14, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3).

[13] Fr. 9, D., *de servit.* 8, 1. — Fr. 20, § 4, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 24. 29, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 4, § 1. Fr. 5, § 1, D., *de itinere actuque priv.* 43, 19.

possédées. Toutefois, on a appliqué l'idée de la possession à cette classe de droits, en considérant l'exercice d'une servitude, abstraction faite du droit qu'on peut avoir de l'exercer, comme une espèce de possession de la servitude, *quasi possessio juris* [14].

Les Romains divisent les servitudes en *servitutes prædiorum* ou *rerum* et *servitutes personarum* ou *hominum*, selon que le droit est accordé en faveur d'une personne ou d'un fonds [15]. Les premières sont inhérentes à un individu comme tel, et supposent cette individualité comme un élément essentiel. Les servitudes *prædiorum*, à la vérité, compètent aussi à une personne (car tous les droits exigent comme sujet une personne), mais elles diffèrent des servitudes personnelles en ce qu'elles ne sont pas inhérentes à tel individu, mais bien à la qualité de propriétaire de tel fonds déterminé. Les *servitutes prædiorum* sont aussi appelées *jura prædiorum* ou *servitutes* par excellence. Le nombre de ces servitudes est illimité : on peut en constituer de toutes espèces, pourvu qu'on remplisse les conditions prescrites par la loi. Quant aux servitudes personnelles, les Romains n'en admettent que quatre espèces que nous allons exposer [16].

DES SERVITUDES PERSONNELLES.

§ 207. I. *De l'usufruit* [17]. — *Nature de ce droit.*

L'usufruit, *ususfructus*, est un *jus in re* en vertu duquel nous

[14] Voir ci-dessus § 166, et ci-après § 219 et 225.

[15] Les commentateurs ont encore créé beaucoup d'autres divisions plus ou moins superflues. Ainsi ils appellent *servitudes affirmatives* celles qui consistent *patiendo* et *négatives* celles qui consistent *non faciendo*. Ils distinguent encore les *servitutes continuæ* et *discontinuæ* (ci-après § 222, Observ.), les servitutes *regulares* et *irregulares* (voir la note suivante); enfin ils parlent d'une *servitus qualificata* (ci-après § 214, note 2).

[16] Il est cependant à remarquer que certaines *servitudes prédiales* peuvent être constituées de manière à s'éteindre avec la mort d'une personne déterminée, ce qui leur donne évidemment un caractère personnel. Nos lois citent comme telles les servitudes *aquæductus*, *pascendi*, *ad aquam appellendi*, *cretæ eximendæ*, *calcis coquendæ*, que les commentateurs, à cause de cette anomalie, appellent *servitutes irregulares*. *V*. Fr. 4. 5. 6. 37, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3, où l'on trouve des détails sur la manière dont pareille constitution peut se faire.

[17] *Vat. fragm. de usufructu* 41-93. — Tit. I., *de usufructu* 2, 4. — Tit. D., *de usufructu et quemadmodum quis utatur fruatur* 7, 1. — Tit. C., *de usufructu et habitatione et ministerio servorum* 3, 39.

pouvons user de la chose d'autrui et en tirer les fruits, sans en altérer la substance [18]. Il se compose donc de deux éléments : du droit d'user de la chose assujettie (*usus*) et du droit d'en percevoir les fruits (*fructus*) [19]. — Celui à qui pareil droit est accordé s'appelle *usufructuarius* ou *fructuarius*. Par opposition, le maître de la chose sujette à l'usufruit se nomme *proprietarius* ou *dominus proprietatis*, de même que son droit est appelé *proprietas* par excellence ou *nuda proprietas* [20].

L'usufruitier peut jouir de la chose de la manière la plus étendue, pourvu que la substance n'en soit point altérée [21]. Le droit s'exerce sur la chose comme sur les accessoires [22]. Il en résulte que l'usufruitier d'un fonds peut exercer les servitudes attachées à ce fonds [23]. Il a le droit de percevoir tous les fruits naturels ou civils [24]. Toutefois il peut se présenter des doutes sur la question

[18] § 1, I., *de usufr.* 2, 4. (Fr. 1, D., *eod.*). « *Ususfructus* est jus alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia. » Quelques commentateurs traduisent les mots : *salva rerum substantia, tant que dure la substance;* mais cette traduction, qui aurait d'ailleurs l'inconvénient de rendre la difinition extrêmement triviale, ne semble pouvoir être admise en présence d'un passage d'Ulpien, XXIV, 26. « Ususfructus legari potest... earum rerum, quarum *salva substantia utendi fruendi potest esse facultas...*

[19] Ces deux éléments peuvent être séparés. Nous verrons au § 210 qu'il existe une servitude personnelle qui ne comprend que le *jus utendi, usus.* Mais le *fructus* ne peut guère exister comme un droit séparé. Paul, *S. R.*, III, 6, 24 sq.; Fr. 14, § 1. 2, D., *de usu et habit.* 7, 8. Voyez cependant Fr. 14, § 3, D., *eod.* Fr. 5, § 2, D., *usufructuarius quemadmodum caveat* 7, 9, et la note suivante.

[20] Gaius, II, 30. — § 3. 4, I., *h. t.* et beaucoup d'autres passages.— Souvent aussi le droit d'usufruit est particulièrement désigné par le mot *jus* en opposition à la propriété *res, res corporalis.* Voir ce que nous avons dit sur la terminologie ci-dessus § 112 et § 160, note 1.

[21] Particulièrement son droit d'usage et de jouissance n'est point limité par ses besoins personnels, § 1, I., *de usu* 2, 5. — Fr. 9, in f. Fr. 12, § 2, D., *de usufr.* 7, 1.—Nous rappelerons ici ce que nous avons dit ci-dessus § 206, n° 6, savoir que le nu propriétaire ne peut rien faire qui empêche l'usage du droit d'usufruit. Une disposition positive lui défend d'établir, sur le fonds sujet à l'usufruit, des servitudes qui restreignent l'exercice de l'usufruit, quand même l'usufruitier y consentirait. Fr. 15, § 7. Fr. 16, D., *h. t.*

[22] Fr. 9, § 1. 4. 6. 7. Fr. 15, § 6, D., *h. t.* — Il a aussi l'usufruit de l'alluvion, mais il va sans dire qu'il n'en a pas la propriété, Paul, *S. R.*, III, 6, 22. Des dispositions positives lui refusent l'usufruit de l'île qui se forme dans le fleuve. Fr. 9, § 4, D., *h. t.*

[23] Fr. 1, pr. D., *si ususfr. pet.* 7, 6.

[24] Fr. 59, § 1, D., *h. t.* « Quidquid in fundo nascitur, vel quidquid inde

de savoir si tel produit de la chose assujettie doit être considéré comme fruit. Les lois romaines contiennent à cet égard plusieurs décisions parmi lesquelles nous distinguons les suivantes.

L'usufruit d'un esclave donne droit à tout ce qui provient des travaux de l'esclave ou des biens que l'usufruitier lui a confiés [25]. Les enfants d'une esclave sont attribués au propriétaire et non pas à l'usufruitier [26]. — Si l'usufruit comprend des bois, les droits de l'usufruitier sont en général déterminés par la nature de ces bois; ainsi il peut couper à volonté les bois taillis, pourvu qu'il ne détériore pas le fonds; tandis que dans les bois de hautes futaies, il ne peut prendre que les branches jusqu'à concurrence des besoins du fonds, et les produits annuels et périodiques qui résultent des coupes nécessaires [27]. Il jouit des mines et carrières qui sont en exploitation à l'ouverture de l'usufruit. Il ne peut en ouvrir de nouvelles qui porteraient préjudice à la culture actuelle du fonds, à moins que la nouvelle exploitation n'ait pour effet de rendre la substance plus productive [28].

percipitur, ad fructuarium pertinet. Pensiones quoque jam antea locatorum agrorum... » — Fr. 7, pr. Fr. 9, pr. Fr. 27, pr. D., *eod.*

[25] Gaius, II, 91. « Quidquid ex re nostra vel ex operis suis acquirunt. » — Ulpien, XIX, 21. — § 4, I., *per quas pers. nob. acquir.* 2, 9. — Fr. 10, § 3, D., *de acquir. rer. dom.* 41, 1.

[26] § 37, I., *de rer. div.* 2. 1. — Fr. 28, § 1, D., *de usuris* 22, 1. — Fr. 27, pr. D., *de hered. petit.* 5, 3. « Ancillarum etiam partus et partuum partus... fructus esse non existimantur, quia non temere ancillæ ejus rei causæ comparantur, ut pariant... » — Voyez aussi Fr. 68, pr. D., *h. t.* — Fr. 22, § 3, D., *ad SC. Trebell.* 36, 1. — Fr. 48, § 6, D., *de furtis* 47, 2. — Au reste la question était encore controversée du temps de Cicéron. Cic., *de finibus* I, 4.

[27] Pour les bois taillis, *silva cædua*. Fr. 20, D., *de verb. signif.* 50, 16; Fr. 9, § 7. Fr. 10. Fr. 48, § 1. Fr. 59, § 1, D., *h. t.* — Pour les arbres et bois de haute futaie Fr. 10. 12, pr. Fr. 13, § 4. Fr. 18. 19, § 1, D., *h. t.*; Fr. 7, § 12, D., *soluto matrim.* 24, 3. Voyez aussi Fr. 22, pr. D., *de usu et habit.* 7, 8.

[28] Fr. 9, § 2. 3, D., *h. t.* — Fr. 13, § 5, D., *eod.* « Inde est quæsitum : an lapidicinas, vel arenifodinas ipse instituere possit? Et ego puto, etiam ipsum instituere posse, si non agri partem necessariam huic rei occupaturus est. Proinde venas quoque lapidicinarum et hujusmodi metallorum inquirere poterit. Ergo et auri et argenti et sulphuris et æris et ferri et ceterorum fodinas, vel quas paterfamilias instituit, exercere poterit, vel ipse instituere, si nihil agriculturæ nocebit. Et si forte in hoc quod instituit plus reditus sit quam in vineis, vel arbustis vel olivetis quæ fuerunt, forsitan etiam hæc dejicere poterit, *si quidem ei permittitur, meliorare proprietatem.* » — Ces derniers mots doivent se traduire « puisque en général il lui est permis d'améliorer le fonds. »

L'usufruitier acquiert la propriété des fruits par la prise de possession, *perceptio ;* il s'ensuit, entre autres choses, que les fruits non perçus au moment de la cessation de l'usufruit appartiennent au propriétaire [29].

Rappelons ici que l'usufruit est la seule servitude qui soit considérée comme divisible, par la raison que le produit en est susceptible de division (§ 206, n° 5).

L'exercice du droit d'usufruit est toujours restreint par la défense d'altérer la substance de la chose ; l'usufruitier doit en jouir en bon père de famille [30]. Il peut exercer lui-même son droit ou en céder l'exercice à un autre [31] ; mais il ne peut point céder le droit même, car le droit est inhérent à son individualité. S'il le fait malgré cette défense fondée dans la nature des choses, l'acte de cession est nul et ne produit aucun effet [32].

[29] Voy. ci-dessus § 191, note 7, et § 36, I., *de rer. div.* 2, 1 ; Fr. 48, pr. D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. La propriété du croît des animaux est acquise à l'usufruitier par la simple séparation § 37, I., *de rer. div.* 2, 1 ; Fr. 28, pr. D., *de usuris* 22, 1. — Il est à remarquer que l'usufruitier n'a droit aux fruits qu'à partir du moment où l'usufruit commence. Fr. 59, § 1, D., *h. t.* De même son droit de les percevoir cesse au moment où l'usufruit s'éteint. Il en résulte que les fruits perçus à cette époque appartiennent à ses héritiers, tandis que ceux non encore perçus appartiennent au nu propriétaire. Fr. 12, § 5, D., *h. t. ;* Fr. 13, D., *quib. modis usufr. amitt.* 7, 4; Fr. 8, D., *de annuis legatis* 33, 1; Fr. 42, D., *de usu et ususfr. per legat.* 33, 2. Si l'usufruitier a loué le fonds sujet à l'usufruit, ses héritiers auront droit au prix de ferme si la récolte a été faite avant la cessation de l'usufruit, Fr. 58, pr. D., *h. t.* Fr. 9, § 1, D., *locati* 19, 1. — Si des *fruits civils* sont l'objet d'un usufruit, il faut admettre qu'ils s'acquièrent jour par jour, c'est-à-dire que l'usufruitier peut en réclamer la quotité proportionnée à la durée de son droit. Fr. 25. 26, § 2, D., *h. t.*

[30] Voir le paragraphe suivant.

[31] *Vatic. fragm.* 41. — § 1, I., *de usu* 2, 5. — Fr. 12, § 2. Fr. 38. 39. 40. 67, D., *de usufructu* 7, 1. — Mais voyez Fr. 15, § 4. 5, D., *eod.*

[32] Cette question paraît avoir été controversée en ce sens, que quelques auteurs pensaient que pareille cession avait pour effet d'éteindre le droit d'usufruit (Pompon.), Fr. 66, D., *de jure dotium* 23, 3. « Si extraneo cedatur... nihil ad eum transire, sed ad dominum proprietatis reversurum usumfructum ; » auquel nous pouvons peut-être ajouter Gaius, II, 35. 36; Ulpien, XIX, 14, et le *fragm. Vat.* 75. « Sabinus responderit : eum qui partem ususfructus in jure cessit, et amittere partem et ipso momento recipere... » Mais l'opinion contraire a prévalu. Gaius, II, 30. — § 3, I., *h. t.*, et Théophile, *ad h. l.* Le Fr. 15, D., *fam. ercisc.* 10, 2. « ... Nec enim a personis discedere sine interitu discedere potest (ususfructus) » n'est pas contraire.

§ 208. *Des charges et obligations de l'usufruitier.*

Comme l'usufruitier a tous les avantages de la chose, il est tenu de toutes les charges et impôts qui pèsent sur elle [33]. Par le même motif, il doit faire les réparations d'entretien ; mais il n'a pas besoin de rebâtir ce qui est tombé de vétusté ou ce qui a été détruit par cas fortuit [34].

Il doit user de la chose en bon père de famille, et il est responsable de toutes les détériorations qu'il a causées par sa faute [35].

A la fin de l'usufruit, il est tenu de restituer la chose dans l'état où elle était quand il l'a reçue ; cependant il ne répond pas des dommages qu'elle a pu éprouver sans sa faute [36]. Si l'usufruit est établi sur un troupeau, l'usufruitier doit remplacer jusqu'à concurrence du croît les têtes des animaux qui périssent, à moins que le troupeau ne périsse en entier, par cas fortuit. Les mêmes règles s'appliquent à l'usufruit constitué sur une pépinière, un verger, un vignoble [37].

Pour garantir l'exécution de ces obligations, et particulièrement la restitution de la chose en bon état, l'usufruitier doit fournir caution au propriétaire [38]. Tant que la caution n'a pas été fournie, le propriétaire peut refuser de mettre la chose à la disposition de l'usufruitier [39]. Le mode ordinaire de fournir cette caution qui dérive du droit prétorien est la *satisdatio* [40]. Dans cer-

[33] Fr. 7, § 2. Fr. 27, § 3. Fr. 52, D., *h. t.* — Fr. 28, D., *de usu et usufr. per leg. datis* 33, 2.

[34] Fr. 7, § 2. 3, D., *h. t.*—L. 7, C., *eod.* Il peut s'affranchir de cette obligation en abandonnant l'usufruit. Fr. 28, pr. Fr. 64, D., *eod.*

[35] § 38, I., *de rer. div.* 2, 1. -- Fr. 9, pr. § 2. 6. Fr. 13, § 2. Fr. 15, § 3. Fr. 18. Fr. 65, pr. Fr. 68, § 2. Fr. 69. 70, D., *h. t.* — Fr. 1, pr. § 3. 7. Fr. 2. Fr. 9, § 3, D., *usufructuarius quemadm. caveat.* 9, 7.—Si par sa négligence un tiers usucape la chose, l'usufruitier en est responsable envers le propriétaire Fr. 7, § 2, D., *h. t.*

[36] Fr. 1, pr. § 7. Fr. 9, § 3, D., *usufr. quemadm. caveat.* 7, 9.

[37] § 38, I., *de rer. div.* 2, 1. — Fr. 7. § 3. Fr. 18. Fr. 68 in f. Fr. 69. 70, D., *h. t.*

[38] Paul, *S. R.*, III, 6, 27. — Fr. 13, pr. D., *h. t.* — L. 4, C. *eod.*—Voy. en général Tit. D., *usufructuarius quemadmodum caveat.* 7, 9.

[39] Fr. 13, pr. D., *de usufr.* 7, 1. — Voyez aussi Fr. 7, pr. Fr. 12, D., *usufr. quemadm. cav.* 7, 9. — Fr. 5, § 1, D., *de usufr. earum rer. quæ usu consum.* 7, 5.

[40] Fr. 13, pr. § 1, D., *de usufr.* 7, 1. — L. 4, C., *eod.* Fr. 1, pr. D., *usufr. quemadm. cav.* 7, 9. Voy. ci-dessus § 154, notes 50 et 55.

tains cas exceptionnels, la loi dispense l'usufruitier de la caution [41]. Le propriétaire a naturellement le droit de renoncer à cette garantie [42]. Une constitution d'Alexandre Sévère défend au testateur de dispenser de la caution la personne à laquelle il laisse l'usufruit d'une chose [43].

§ 209. *Du quasi-usufruit* [44].

L'usufruit étant un droit réel qui donne la faculté de jouir d'une chose sans en altérer la substance, il est évident qu'il ne peut être établi sur des choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage [45]. Ce principe était encore incontesté du temps de Cicéron [46]. Cependant il a dû s'effacer après que la loi Julia et Papia Poppæa eut restreint en partie les libéralités à cause de mort entre époux au simple usufruit d'une quote-part des biens de l'époux prédécédé [47]. Car une succession peut se composer en tout ou en partie de choses qui se consomment ou se détériorent par l'usage, et l'application sévère de la règle générale aurait eu pour effet de priver l'époux survivant des avantages que la loi semblait lui garantir. C'est probablement cette considération qui donna lieu à la réforme

[41] Fr. 1, § 18, D., *si cui plus etc.* 35, 4. — L. 8, § 4, C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — Voyez aussi Fr. 8, Fr. 9, § 2, D., *usufr. quemadm. caveat.* 7, 9.

[42] Arg. Fr. 46, D., *de pactis* 2, 14.

[43] L. 7, C., *ut in possess. legatorum servand.* 6. 54. — L. 1, C., *h. t.* — Le motif de cette défense est sans doute dans la loi *Julia et Papia Poppæa* qui restreignait le droit de succession de certaines personnes au simple usufruit. Or si le testateur avait pu dispenser de la caution, il aurait pu éluder cette disposition en donnant de fait à l'usufruitier la libre disposition de la chose sans garantie aucune pour le nu propriétaire.

[44] Tit. D., *de usufructu earum rerum, quæ usu consumuntur vel minuuntur* 7, 5.

[45] § 2, I., *de usufr.* 2, 4. « Constituitur autem ususfructus non tantum in fundo et ædibus, verum etiam in... ceteris rebus, exceptis quæ ipso usu consumuntur. Nam hæ res neque naturali ratione neque civili recipiunt usumfructum... » — Gaius, II, 32. — Ulpien, XXIV, 2. — Fr. 2. 3, § 1, D., *de usufructu* 7, 1.

[46] Cicéron, *Topica* 3 (4). « Non debet ea mulier, cui vir bonorum suorum usumfructum legavit, *cellis vinariis et oleariis plenis relictis,* putare id ad se pertinere. *Usus enim, non abusus legatus est :* ea sunt inter se contraria. » — Une trace de ce principe se trouve encore dans le Fr. 3, D., *de usufr. ear. rer. quæ usu consum.* 7, 5.

[47] Voir ci-dessus § 60, notes 36 et 37.

législative dont nous allons parler. —Un sénatus-consulte des premiers temps de l'empire [48] statua qu'on pourrait léguer l'usufruit de toutes choses quelconques qui se trouvent dans un patrimoine, et détermina en même temps le mode d'exécution de pareils legs [49]. Le principe une fois admis, on l'appliqua aux différents cas qui pouvaient se présenter, même aux choses incorporelles, et particulièrement aux capitaux [50]. Ainsi l'on créait, comme disent Gaius et Justinien, non pas un usufruit de ces choses (car cela était impossible), mais une espèce d'usufruit au moyen d'une caution à fournir par l'usufruitier [51].

En effet ce quasi-usufruit diffère en tous points du véritable usufruit. Le quasi-usufruitier devient propriétaire des choses sujettes à l'usufruit [52], et en cette qualité il a le droit de les consommer à la charge d'en rendre pareille quantité, qualité et valeur, ou le prix de leur estimation, à la fin de l'usufruit [53]. Cette restitution est garantie par la caution que le quasi-usufruitier doit fournir [54]. Le propriétaire ne conserve aucun droit réel sur l'objet du quasi-usufruit; il n'a qu'un droit d'obligation qui tend à obtenir restitution d'une valeur égale à la fin de l'usufruit, et dont l'efficacité lui est assurée par la caution [55]. — Le quasi-usufruit est

[48] Il ne peut être postérieur à Nerva et Sabinus, contemporains d'Auguste et de Tibère. Fr. 3. 5, § 1, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[49] Fr. 1, D., *eod.* « Senatus censuit, ut omnium rerum, quæ in cujusque patrimonio esse constaret, ususfructus legari possit; quo senatusconsulto inductum videtur, ut earum rerum, *quæ usu tolluntur vel minuuntur,* possit ususfructus legari. »

[50] Fr. 3, D., *eod.* — Dès lors rien ne s'opposait plus à ce qu'on léguât l'usufruit de tous ses biens ou d'une quote-part de tous ses biens, *ususfructus bonorum*. Fr. 5, pr. D., *eod.;* Fr. 24, pr. Fr. 37. 43, D., *de usu et usufr. per leg. dat.* 33, 2; L. 35, § 5, C., *de donat.* 8, 54.

[51] *Res quæ usu consumuntur vel minuuntur, quæ usu tolluntur vel minuuntur.* — *Ususfructus rerum, quæ in abusu consistunt.* Fr. 5, § 1, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[52] Fr. 2, D., *eod.* — § 2, I., *de usufructu* 2, 4.

[53] Si l'objet de l'usufruit est un capital d'argent à charge d'un tiers débiteur, l'usufruitier a le droit d'en demander le remboursement et de disposer de l'argent remboursé. Fr. 24, pr. D., *de usu et usufr. leg.* 33, 2. — L. 1, C., *de usufr.* 3, 33. — Si le capital est dû par l'usufruitier même, il en résulte qu'il n'est tenu de le rembourser qu'à la fin de l'usufruit et qu'il n'en doit point d'intérêts. Fr. 3. 4, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[54] § 2, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 5. 7, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[55] § 2, I., *cité.* — Fr. 5, § 1. Fr. 7. Fr. 11, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5. — Fr. 7, § 1, D., *usufr. quemadm. cav.* 7, 9.

donc de sa nature un véritable prêt de consommation, *mutuum*, avec caution [56].

Nous trouvons dans nos sources une controverse sur la question de savoir si l'usufruit qui comprend du linge, des habillements, etc., doit être considéré comme véritable usufruit ou comme quasi-usufruit; en d'autres termes, si à la fin de son droit, l'usufruitier peut rendre les habillements dans l'état où ils se trouvent sans qu'il y ait faute de sa part, ou s'il doit en rendre de pareille quantité, qualité et valeur [57]. Il parait que ce rapport de droit doit être considéré comme véritable usufruit, à moins qu'il n'ait été expressément constitué comme usufruit d'une *quantité de choses* [58].

§ 210. II. *De l'usage,* usus [59].

L'usufruit se compose de deux éléments : le droit d'user de la chose, *jus utendi,* et celui d'en tirer les fruits, *jus fruendi.* Quand le premier de ces éléments est érigé en droit séparé, on l'appelle droit d'usage, *usus.* L'usager, *usuarius,* peut retirer de la chose toute l'utilité qu'elle donne sans en prendre aucun produit [60]. Telle est la nature originaire de l'institution dont nous avons à parler. Mais cette idée a été étendue par la pratique et par la jurisprudence. Il était d'autant plus nécessaire d'agir ainsi que le droit d'usage était ordinairement constitué par testament, et que les actes de ce genre sont fréquemment rédigés d'une manière plus ou moins inexacte. Or, comme les Romains cherchaient autant que possible à maintenir les dispositions de dernière volonté,

[56] Il y a à la vérité certaines différences entre le quasi-usufruit et le prêt de consommation *ordinaire.* Ainsi le quasi-usufruit s'éteint d'une autre manière que le *mutuum :* le *mutuum* peut porter intérêt, dans le *mutuum* il ne faut pas de caution, etc.; mais aucune des particularités du quasi-usufruit n'est contraire à l'essence du prêt de consommation.

[57] Les Fr. 15, § 4. 5, D., *de usufr.* 7, 1; Fr. 9, § 3, D., *usufruct. quemadm. car.* 7, 9. (Arg. § 5, I., *de loc. et cond.* 3, 24 et Fr. 68, § 1, D., *soluto matrimonio.* 23, 3), décident pour le *verus ususfructus.* Par contre le § 2, I., *de usufructu.* 2, 1, le qualifie de *quasi-usufruit.*

[58] Fr. 15, § 4, D., *de usufr.* 7, 1. « ... Si *vestimentorum* ususfructus legatus sit, non sic ut *quantitatis* ususfructus legetur. »

[59] Tit. I., *de usu et habitatione* 2, 5. — Tit. D., *eod.* 7, 8.

[60] Fr. 2, pr. D., *h. t.* « Cui usus relictus est, uti potest, frui non potest. » — Fr. 1, § 1, D., *eod.* « Nudus usus, id est, sine fructu. » — Fr. 12, pr. § 1. 3, D., *eod.* « Plenum usum, omnem usum. »

il fallait bien y appliquer une interprétation un peu large, dans les cas où l'on n'aurait obtenu qu'un résultat illusoire en prenant les expressions du testateur dans le sens littéral. Toutefois ces extensions se faisaient avec la plus grande réserve, et on ne se laissait point entrainer au delà de ce qui était nécessaire.

Ainsi, quand la chose sujette au droit était susceptible de procurer un avantage réel par le seul usage, on refusait à l'usager le droit d'en tirer des fruits [61]. Mais quand le simple usage ne procurait point de bénéfice ou n'en procurait que trop peu, on y ajoutait quelques avantages qui tenaient de la nature du *fructus*, afin de ne pas ôter tout effet au droit de servitude. Par exemple, l'usager d'un troupeau n'aurait à la rigueur que le droit de s'en servir pour fumer son champ, mais la jurisprudence lui accorde la faveur d'en prendre un peu de lait [62]. De même l'usager d'un fonds peut prendre des légumes, des fruits, du foin, du bois, mais seulement pour son usage journalier [63]. L'usager d'un bois taillis a les mêmes droits que l'usufruitier, et l'usage des choses de consommation est considéré comme un quasi-usufruit [64].

Il est dans la nature des choses que l'usage ne puisse se faire que par la personne même à laquelle il est accordé [65]. Cependant il est permis à l'usager d'y faire participer sa famille [66]. Au cas où la maison sujette à la servitude serait trop grande pour lui, il a même le droit de louer la partie qu'il ne peut pas habiter [67]. Enfin, selon les circonstances, il peut louer le travail des esclaves ou des animaux dont l'usage lui est concédé [68].

Les obligations de l'usager sont en général analogues à

[61] § 2, I., *h. t.* « Item is, qui ædium usum habet, hactenus jus habere intelligitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc jus ad alium transferre potest. » § 3, I., *eod.* — Fr. 10, § 2. Fr. 12, § 3. 4, D., *h. t.*

[62] § 4, I., *h. t.* — Fr. 12, § 2, D., *eod.*

[63] Fr. 12, § 1. Fr. 15, pr. Fr. 16, pr. D., *h. t.*

[64] Fr. 22, pr. D., *h. t.*— Fr. 5, § 2. Fr. 10, § 1, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.

[65] § 1. 2. 3, I., *h. t.* — Fr. 21, D., *eod.* C'est par ce motif aussi que l'usage est indivisible. « Usus pars legari non potest : nam frui quidem pro parte possumus, uti pro parte non possumus. » Fr. 19, D., *h. t.*

[66] § 1, I. *h. t.* — Fr. 22, § 1, D., *eod.*

[67] Fr. 2, § 1. Fr. 4, pr. D., *h. t.*

[68] Fr. 12, § 4, D., *h. t.* « ... Si forte auriga fuit, cui usus equorum relictus est, non puto eum circensibus his usurum, quia quasi locare eos videtur; sed si testator sciens, eum hujus esse instituti et vitæ, reliquit, videtur etiam de hoc usu censisse. » — Fr. 12, § 6, D., *eod.*

celles de l'usufruitier, particulièrement en ce qui concerne la restitution de la chose et la caution à fournir de ce chef [69]. Toutefois il n'est tenu des réparations d'entretien que pour autant que son usage prive le propriétaire de tout produit [70].

§ 214. III. *De l'habitation* [71].

Justinien donne le caractère de servitude personnelle au droit d'*habitation* accordé par legs ou par une disposition quelconque à cause de mort ou entre-vifs. Il y avait eu parmi les anciens grande controverse sur l'étendue de ce droit [72]. En général il était considéré quant à ses effets comme une espèce d'usage. Justinien l'a rapproché de l'usufruit en accordant à celui qui en jouit la faculté d'habiter par lui-même ou de louer l'habitation à un autre. Toutefois il ne lui est pas permis de la céder gratuitement [73]; le motif en est probablement que l'on envisageait l'habitation comme une espèce d'aumône. Cette considération explique peut-être aussi la particularité que le droit d'habitation constitué par donation entre-vifs peut être révoqué par les héritiers du donateur [74]. — L'habitation offre encore ceci de remarquable qu'elle ne s'éteint pas, comme l'usufruit et l'usage, par le non-exercice et par la *capitis deminutio* [75]. — Au reste l'habitation entraine également l'obligation de fournir caution [76].

[69] Fr. 15, in f. D., *h. t.*—Fr. 13, § 2, D., *de usufr.* 7, 1.—Fr. 10, § 1, D., *de usufr. ear. rer.* 7, 5.—Fr. 5. § 1. Fr. 11, D., *usufruct. quemad. caveat* 7, 9.

[70] Fr. 18. D., *h. t.* « Si domus usus legatus sit sine fructu, communis refectio est rei in sartis tectis, tam heredis, quam usuarii. Videamus tamen, ne, si fructum heres accipiat (c'est-à-dire, si, outre l'usage pour l'usager, il reste des produits au propriétaire), ipse reficere debeat; si vero talis sit res, cujus usus relegatus est, ut heres fructum percipere non possit, legatarius reficere cogendus est. Quæ distinctio rationem habet. »

[71] Tit. I., *de usu et habitatione* 2, 6.—Tit. D., *eod.* 7, 8.—Tit. C., *de usufr. et habitatione et minist. servorum* 3, 33.

[72] Voyez Fr. 8, pr. Fr. 10, pr. § 2, D., *h. t.* — L. 13, C., *h. t.*

[73] § 5, I., *h. t.*—L. 13, C., *eod.*—Pour l'ancien droit, voyez Fr. 10, § 3, D., *eodem.*

[74] Fr. 27. 32, D., *de donat.* 39, 5. — Fr. 8, § 1, D., *de transaction.* 2, 15; Fr. 6. 23, D., *de alim. legat.* 34, 1.

[75] Fr. 10, D., *de capite minutis.* 4, 5. « ... Si habitatio legetur, morte quidem legatarii legatum intercidit, capitis deminutione tamen interveniente perseverat : videlicet, quia tale legatum in facto potius quam in jure consistit. » — Fr. 10, D., *h. t.*

[76] Fr. 5, § 3, D., *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9.

§ 212. IV. *Des travaux des esclaves.* Operæ servorum [77].

Un titre du Digeste range parmi les servitudes personnelles le droit de jouir des travaux de l'esclave d'un autre. Ce droit donne presque les avantages qui résultent de l'usufruit d'un esclave [78]; mais il diffère des autres servitudes personnelles en ce qu'il ne cesse point par la mort de celui à qui il est accordé [79]. Il présente encore ceci de particulier qu'il ne s'éteint pas par le non-usage et par la *capitis deminutio* [80].

Un passage d'Ulpien mentionne comme un droit analogue les *operæ animalium* [81].

DES SERVITUDES PRÉDIALES.

§ 213. *Observations générales.*

On appelle *servitutes prædiorum* les restrictions apportées à l'exercice de la propriété d'un héritage en faveur d'un autre héritage. Toute servitude prédiale suppose deux immeubles, l'un qui en est grevé, *prædium serviens*, l'autre en faveur duquel elle est établie, *prædium dominans* [82]. Elle est inhérente au fonds, et non pas à la personne qui l'exerce actuellement; en d'autres termes, elle compète à quiconque est propriétaire du fonds dominant, mais aussi elle ne lui compète qu'en cette qualité. C'est, pour ainsi dire, une extension du droit de propriété du fonds dominant.

[77] Tit. D., *de operis servorum* 7, 7. — Tit. C., *de usufr. et ministerio servorum* 3, 33.

[78] Fr. 2, D., *de usu et usufr. per leg. datis*. 33, 2. — Il entraîne également l'obligation de fournir caution. Fr. 8, § 3, D., *usufructuarius quemadm. caveat* 7, 9; mais il est indivisible. Fr. 1, § 9, D., *ad leg. Falcidiam* 35, 2.

[79] Fr. 2, D., *de usu et usufructu per leg. datis* 33, 2. « ... Et quia legatarius fructuarius non est, ad heredem suum operarum legatum transmittit. » Cette disposition est difficile à concilier avec la nature des servitudes personnelles.

[80] Fr. 2, D., *h. t.* — Fr. 2, D., *de usu et usufr. per leg. dat.* 33, 2.

[81] Fr. 5, § 3, *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9. « Et si habitatio vel operæ hominis, vel *cujus alterius animalis* relictæ fuerint, stipulatio (satisdatio) locum habebit. »

[82] § 3, I., *de servitutibus* 2, 3. — Fr. 1, § 1, D., *communia prædiorum tam urbanorum, quam rusticorum* 8, 4. — Fr. 23, § 2, D., *de servitutibus prædiorum rusticorum* 8, 3.

Aussi ne peut-elle être cédée ou aliénée sans ce fonds, comme également l'aliénation du fonds implique l'aliénation du droit de servitude [83]. — Le nombre de ces servitudes est illimité. On peut en établir de toutes espèces pourvu qu'on observe les règles générales en matière de servitudes. Cependant il y a encore quelques règles particulières aux servitudes prédiales, dont voici l'exposé succinct.

1° La servitude doit assurer un avantage réel au fonds dominant [84]. On considère cependant comme avantage ce qui contribue à augmenter l'agrément du fonds, pourvu que ce ne soit pas exclusivement au profit personnel du propriétaire actuel [85]. — 2° Il faut que les deux fonds soient voisins, *vicina*, c'est-à-dire qu'il y ait possibilité matérielle d'exercer la servitude en faveur de l'un d'eux [86]; mais il n'est pas nécessaire que les fonds se touchent [87]. — 3° On exige qu'il y ait *causa perpetua*, c'est-à-dire que la condition des lieux soit telle que l'exercice de la servitude puisse avoir lieu en tout temps et par tout possesseur du fonds dominant. Il n'y a donc pas *causa perpetua* quand l'usage même de la servitude peut en rendre impossible la continuation [88], ou qu'il dépend d'un fait

[83] Il est inutile de rappeler que la servitude inhère de la même manière au fonds assujetti. — Voyez au reste les passages suivants : Fr. 23, § 2. Fr. 36, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 12, D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 44, D., *locati* 19, 2. — Fr. 11, § 3, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 20, § 1, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1.

[84] Fr. 15, pr. D., *de servit.* 8, 1. — Voir des applications de cette règle aux Fr. 14, § 2, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2 et Fr. 5, D., *si serv. vind.* 8, 6.

[85] Fr. 3. 15, D., *de servit. præd. urb.* 8, 2; Fr. 8, § 1. D., *si servit. vind.* 8, 5; Fr. 3, pr. D., *de aqua quotid.* 43, 20. — Fr. 8, pr. D., *de servitut.* 8, 1. « Ut pomum decerpere liceat, et ut spatiari et ut cœnare in alieno possimus, servitus imponi non potest. »

[86] Fr. 5, § 1. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Fr. 38. 39, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. — Fr. 12, D., *de pignor.* 20, 1.

[87] Fr. 6, pr. D., *communia præd.* 8, 4. « ... Parvique refert, vicinæ sint ambæ ædes, an non. » — Des exemples se trouvent : Fr. 4, § 8. Fr. 5. 6, D., *si servit. vind.* 8, 5. — Fr. 1, pr. D., *de serv. præd. urb.* 8, 2; Fr. 38, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3.—Fr. 7, § 1, D., *comm. præd.* 8, 4; Fr. 17, § 3, D., *de aqua et aq. pluv.* 39, 3. — Fr. 14, § 2, D., *de serv.* 8, 1; Fr. 31, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3; Fr. 18, § 1, D., *de aqua et aq. pluv.* 39, 3.—Fr. 17, § 2. 3, D., *eodem*.

[88] Fr. 28, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. « Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent, et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. » — Fr. un. § 4, D., *de fonte* 43, 22. « ... Cisterna non habet perpetuam causam, nec vivam aquam; ex quo apparet, in his omnibus

placé dans la volonté du propriétaire du fonds assujetti [89]. Toutefois les Romains ont fini par appliquer cette règle d'une manière assez large et par admettre bien des servitudes qui, rigoureusement parlant, n'ont pas de *causa perpetua* [90]. — 4° Enfin, on ne peut établir de servitudes sous condition ou avec terme. De pareilles modifications n'influent point sur la nature de la servitude; elles donnent tout simplement une exception personnelle, *exceptio pacti* ou *doli*, contre celui qui voudrait exercer la servitude contrairement à la clause qu'il a consentie [91]. Cette particularité doit sans doute son origine à l'ancien droit d'après lequel les servitudes prédiales ne pouvaient être constituées que par *mancipatio* et *in jure cessio* [92].

Les servitudes prédiales se divisent en *servitutes prædiorum urbanorum* et *servitutes prædiorum rusticorum*. On entend ici par *prædium rusticum* tout terrain libre, sans bâtiments, et destiné à l'exploitation agricole; et par *prædium urbanum*, tout bâtiment ou emplacement couvert de bâtiments, y compris les terrains enclavés, pourvu qu'ils ne servent pas à l'agriculture [93]. Quoiqu'il soit

exigendum, ut viva aqua sit; cisternæ autem imbribus concipiuntur. » — Fr. 1, § 5, D., *de aqua quotid.* 43, 20. « ... Nulla enim alia aqua duci potest, nisi quæ perennis est. » — Il en est de même d'un lac qui ne s'alimente pas par des sources: on ne pourrait y établir une servitude de passage. Fr. 23, § 1, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. « Lacus perpetuus. »

[89] Fr. 28, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2. « Foramen in imo pariete conclavis, vel triclinii, quod esset proluendi pavimenti causa, id neque flumen esse, neque tempore acquiri placuit. Hoc ita verum est, si in eum locum nihil ex cœlo aquæ veniat : neque enim perpetuam causam habet, quod manu fit : at, quod ex cœlo cadit, etsi non assidue fit, ex naturali tamen causa fit, et ideo perpetuo fieri existimatur. Omnes autem servitutes prædiorum perpetuas causas habere debent : et ideo neque ex lacu, neque ex stagno concedi aquæductus potest. Stillicidii quoque immittendi naturalis et perpetua causa esse debet. »

[90] (Paul). Fr. 9, D., *de servit. præd. rust.* 8, 3. « Servitus aquæ ducendæ vel hauriendæ, nisi ex capite, vel ex fonte constitui non potest : *hodie tamen ex quocunque loco constitui solet.* » — Voir d'autres exemples ci-après § 215, n° 6.

[91] Fr. 4, pr. D., *de servitutibus* 8, 1.

[92] Voir ci-après § 216 et Fr. 77, D., *de regulis juris* 50, 17. — C'est probablement par le même motif que cette question était autrefois controversée à l'égard de l'usufruit. *Vat. fr.* 49, 50. — La promesse de constituer une servitude ou le legs d'une servitude peuvent être conditionnels. Fr. 98, D., *de verb. obl.* 45, 1 ; Fr. 3, D., *de servitute leg.* 33, 3.

[93] Fr. 198, D., *de verb. sign.* 50, 16. — Pr. § 1, I., *de servit.* 2, 3. — Fr. 1, pr. D., *communia prædiorum* 8, 4. — Fr. 3, D., *de servit.* 8, 1. « Servitutes prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt. »

important sous plusieurs rapports de préciser la distinction que nous venons d'indiquer, nous n'en trouvons cependant aucune définition satisfaisante dans nos sources [94]. Il est probable que, dans le principe, c'était la nature du fonds dominant qui donnait à la servitude la qualité *urbaine* ou *rurale* [95]; mais en procédant sur cette base, on ne tarda pas à découvrir que chacune de ces deux catégories offre des particularités qui paraissent inhérentes à la nature du droit à exercer. Ainsi l'exercice de toutes les servitudes rurales suppose un fait actuel de la part de celui qui a le droit, ou, comme disent les auteurs modernes, elle donne un *jus faciendi* [96]. Par contre, les servitudes urbaines consistent plutôt dans le droit d'avoir des ouvrages extérieurs et de jouir de l'état de choses qui en résulte, *jus habendi,* ou de défendre au voisin de disposer de sa propriété de telle manière déterminée, *jus prohibendi* [97]. C'est surtout par cette considération que les jurisconsultes paraissent s'être laissé guider dans la classification des servitudes d'après les deux catégories indiquées [98].

§ 214. *Des servitudes urbaines* [99].

Les lois romaines énumèrent plusieurs espèces de servitudes urbaines dont voici l'explication sommaire.

[94] Les énumérations que nous en trouvons sont plus ou moins incomplètes. D'ailleurs plusieurs servitudes figurent dans l'une et l'autre catégorie. Fr. 2, D., *de serv. præd. urb.* 8, 2; Fr. 2, D., *de serv. præd. rust.* 8, 3; Fr. 7, § 1. Fr. 14, D., *comm. præd.* 8, 4; Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2.

[95] Fr. 1, D., *de servit.* 8, 1. — Fr. 1, § 1, D., *commun. præd.* 8, 4. —Fr. 1, D., *si servit. vind.* 8, 5.—Voy. aussi § 3, I., *de servit.* 2, 3 et Théophile, *ad h. l.*

[96] Voyez l'énumération des servitudes rurales ci-après § 215. La servitude d'aqueduc ne fait pas exception; car ce n'est pas le droit d'*avoir* un aqueduc mais celui de *tirer* de l'eau. C'est pourquoi, dans le Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2, Ulpien range parmi les servitudes urbaines le cas où *per domum quis suam passus est aquæductum transduci.* Il est plus difficile d'expliquer le Fr. 2, pr. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3 « *cloacam, prætorium, protectum habere.* »

[97] Voir l'énumération des servitudes urbaines au § suivant.

[98] Du moins, c'est à l'aide de cette hypothèse que nous expliquerons la plupart des différences pratiques qui existent entre ces deux espèces de servitudes, notamment en ce qui concerne la possession des servitudes, les interdits accordés pour la protection de cette possession, la perte des servitudes par prescription, etc.

[99] Tit. D., *de servitutibus prædiorum urbanorum* 8. 2. — § 1, I., *de servitutibus* 2, 3.

1° *Jus tigni immittendi,* le droit de faire reposer des poutres ou d'autres matériaux de construction dans le mur du voisin [100].— 2° *Servitus oneris ferendi,* le droit de faire reposer des constructions quelconques sur le bâtiment du voisin. Cette servitude a ceci de remarquable que le propriétaire du fonds assujetti doit tenir en bon état le bâtiment sur lequel reposent les constructions du fonds dominant [1]. Il est difficile d'expliquer le motif de cette particularité qui a engagé les commentateurs de donner à notre droit le nom de *servitus qualificata* [2].—3° *Jus projiciendi* ou *protegendi,* le droit d'avoir des balcons ou d'autres saillies sur la propriété du voisin [3].—4° *Servitus stillicidii* ou *fluminis recipiendi,* droit en vertu duquel le propriétaire du fonds assujetti doit recevoir les eaux pluviales qui tombent du bâtiment voisin, soit goutte à goutte, soit rassemblées dans une gouttière [4]. Cette servitude peut aussi

[100] Fr. 2. 6, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 8, § 1. 2. Fr. 14, pr. D., *si servitus vindicetur* 8, 5.

[1] Fr. 6, § 2. 5. Fr. 8, pr. § 2, D., *si servitus vindicetur* 8, 5. — Fr. 33, D., *de S. P. U.* — Au reste le propriétaire du fonds assujetti peut se libérer de cette obligation en abandonnant le fonds. « ... Labeo autem hanc servitutem non hominem debere, sed rem, denique licere domino rem delinquere scribit. » Fr. 6, § 2, D., *cité.* — Sur plusieurs questions pratiques voy. Fr. 6, § 4. 7. Fr. 7, D., *si serv. vind.* 8, 5; Fr. 4, § 7. Fr. 15, § 36. Fr. 27. Fr. 40, § 2. 3, D., *de damno infecto* 39, 2.

[2] Cette obligation doit être considérée moins comme une charge inhérente à la servitude que comme une obligation résultant du droit de voisinage et constituant, s'il est permis de s'exprimer ainsi, une *obligatio in rem scripta,* analogue à celles qui donnent lieu à la *novi operis nunciatio*, à la *cautio damni infecti*, etc. — Les passages suivants peuvent aussi servir à expliquer l'origine de cette anomalie. (PAUL), Fr. 33, D., *de S. P. U.* « ... Nam cum in lege ædium ita scriptum esset : PARIES ONERI FERUNDO, UTI NUNC EST, ITA SIT, satis aperte significari *in perpetuum parietem esse debere.* » (ULPIEN) Fr. 6, § 2, D., *si servit. vindic.* 8, 5. « Etiam de servitute, quæ oneris ferendi causa imposita erit, actio nobis competit : ut et onera ferat, et ædificia reficiat ad eum modum, qui servitute imposita comprehensus est. Et Gallus putat, non posse ita servitutem imponi, *ut quid facere aliquid cogeretur,* sed *ne me facere prohiberet.* Nam in omnibus servitutibus refectio ad eum pertinet, qui sibi servitutem adserit, non ad eum, cujus res servit. Sed evaluit Servii sententia in proposita specie, ut possit quis defendere, *jus sibi esse, cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda...* »

[3] § 2, I., *de action.* 4, 6. — Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *de S. P. U.* — Fr. 29, § 1, D., *ad legem Aquil.* 9, 2. — Fr. 242, § 1, D., *de verb. signif.* 50, 16.

[4] VARRON, *de l. l.* IV, 5. « Inter hæc hoc interest, quod stillicidium est, quod stillatim cadat, flumen quod fluat continue. » — Fr. 2. Fr. 17, § 3.

être constituée négativement comme *servitus stillicidii* ou *fluminis non recipiendi* [5]. Il y a grande controverse sur la nature de cette servitude négative; il parait qu'il faut l'entendre du cas où l'on affranchit son voisin de l'obligation de recevoir les eaux pluviales, que des statuts locaux auraient imposée comme droit commun aux propriétés voisines [6]. — 5° *Servitus altius non tollendi* par laquelle il est interdit au voisin d'élever son bâtiment au delà d'une certaine hauteur [7]. Nos lois parlent aussi d'une servitus *altius tollendi* qui fait naitre la même controverse que le *jus stillicidii non recipiendi*. Nous pensons que c'est le droit d'exhausser le bâtiment au delà de la hauteur fixée par la loi ou par les statuts locaux [8]. — 6° *Servitus ne luminibus, ne prospectui officiatur*. Ces servitudes empêchent le voisin de

Fr. 20, § 3-6. Fr. 21, D., *de S. P. U.* — Fr. pr. D., *quemadm. servitutes amittuntur* 8, 6.

[5] Fr. 2, D., *de S. P. U.* 8, 2.

[6] D'après d'autres le *jus stillicidii non recipiendi* ne serait que la libération d'une *servitus stillicidii recipiendi*, dont notre fonds était grevé. Mais c'est violer les principes fondamentaux de la matière que de donner le nom de servitude à un rapport de droit qui n'est autre chose que le retour à la liberté originaire. Aussi le passage de Théophile sur lequel on se fonde ordinairement pour justifier cette interprétation ne dit pas nécessairement ce qu'on lui fait dire. En effet, après avoir donné un exemple de la *servitus stillicidii recipiendi*, Théophile, *ad* § 1, I., *h. t.* continue « ou bien vous aviez sur mon terrain un semblable droit et nous convenons que vous ne verserez plus sur ma maison ou mon terrain l'eau de votre toit ou de vos gouttières. » L'auteur suppose donc à la vérité que j'ai été tenu de recevoir les eaux du voisin; mais cette obligation ne doit pas nécessairement provenir d'une servitude, elle peut aussi être imposée par la loi ou par des statuts locaux. Voyez au reste ci-après la note 8.

[7] Fr. 2. 6. 12. 21. 32, pr. D., *de S. P. U.* — Fr. 7, § 1. Fr. 16, D., *communia præd.* 8, 4. — Fr. 4, § 8, D., *si serv. vind.* 8, 5. — Fr. 4, § 26, D., *de usurpationibus* 41, 3.

[8] Voyez ce que nous avons dit à la note 6. Ce qui vient encore à l'appui de notre opinion, c'est que nous trouvons dans nos sources des dispositions législatives sur la hauteur à donner aux bâtiments. Il est vrai que la plupart de ces dispositions sont plutôt des règlements de police que des lois d'intérêt privé. Cependant la L. 12, § 1. 4, C., *de ædific. privatis* 8, 10 reconnait aux particuliers le droit d'y déroger sous plusieurs rapports. « ... Cum facultatem habet, ex pacto vel stipulatione mutandæ, si velit, veteris formæ... liceat ipsi secundum vim pacti et stipulationis ædificare... tunc enim et eo non custodito spatio permittimus attollere ædificia, etiam si prospectum adimant eis, qui consenserunt et pacti sunt, aut qui in eorum domo successerunt, quandoquidem competentia jam quibusdam ex conventione jura per generalem auferri legem non oportet. » — Voyez au reste M. Schilling, *Bemerkungen über Römische Rechtsgeschichte*, p. 147 et *Lehrbuch*, § 149. 190.

nous enlever la lumière ou la vue par des constructions qu'il pourrait faire sur son terrain [9]. Nos sources parlent encore d'une *servitus luminum;* c'était probablement le droit d'avoir des fenêtres dans le mur du voisin ou dans un mur mitoyen, ou même dans son propre mur contrairement aux statuts locaux [10]. — Enfin nous trouvons des *servitutes sterculinii, cloacæ immittendæ, fumi immittendi,* etc. [11].

§ 215. *Des servitudes rurales* [12].

Les servitudes rurales sont sans aucun doute les plus anciennes de toutes les servitudes. Dans l'ancien droit elles étaient considérées comme *res mancipi* [13]. Il parait que la loi des Douze Tables faisait déjà mention des servitudes de passage [14].

Nos sources distinguent particulièrement les servitudes rurales suivantes : 1° Le droit de *passage,* qui peut être plus ou moins étendu. Il s'appelle *servitus itineris* quand il nous permet de passer à pied, à cheval ou même en litière sur le fonds du voisin [15]. La *servitus actus* nous autorise à conduire des troupeaux, des bêtes de somme et même des voitures [16]. Enfin la *servitus viæ* est le droit de

[9] Fr. 4. 15. Fr. 17, pr. § 1. 2. Fr. 22. Fr. 23, pr. Fr. 31, D., *de S. P. U.* — Le Fr. 2, D., *eod.* mentionne aussi une *servitus luminibus officiendi.*

[10] A) Fr. 4, D., *de S. P. U.* « Luminum servitute constituta id acquisitum videtur, ut vicinus lumina nostra excipiat. » B) Fr. 40, D., *eod.* « Eos qui jus luminis immittendi non habuerunt, aperto pariete communi nullo jure fenestras immisisse respondi. » C) Le troisième cas que nous supposons, s'explique par la L. 12, § 3, C., *de ædif. priv.* 8, 10. « ... Ne liceat præter veterem formam in altitudinem ædificium erigere vel fenestras facere, nisi decem pedes in medio intercedant, etc. »

[11] Fr. 17, § 2, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 7, D., *de serv.* 8, 1; Fr. 2, pr. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3.—Fr. 1, § 4. 6, D., *de cloacis* 43, 23.—Fr. 8, § 5. 7, D., *si serv. vindic.* 8, 5.

[12] Tit. D., *de serv. præd. rust.* 8, 3. — Pr. § 2, I., *de servitut.* 2, 3.

[13] Gaius, II, 29. 31.

[14] Varron, *de l. l.* VI, 2. — Fr. 8, D., *de S. P. R.* 8, 3.

[15] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. « Iter est jus eundi, ambulandi hominis, non etiam jumentum agendi vel vehiculum. »—Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui sella aut lectica vehitur, ire, non agere dicitur, jumentum vero ducere non potest, qui iter tantum habet. » Fr. 12, D., *eod.* « Iter est enim qua quis pedes vel eques commeare potest. » — Fr. 1, pr. D., *de S. P. U.* — Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* — Fr. 7, § 1. Fr. 14, D., *commun. præd.* 8, 4. — Fr. 17, § 2, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3.

[16] (Pr. I., *de serv.* 2, 3.) Fr. 4, pr. D., *de S. P. R.* « Actus est jus agendi

passage le plus étendu; il comprend tout ce qui est contenu dans les deux précédents et en outre le droit d'employer pour le passage toutes sortes de voitures, et de transporter par le chemin des pierres, des poutres et d'autres matières de construction [17]. La *servitus actus* contient ordinairement la *servitus itineris*, à moins que le contraire ne soit stipulé; dans ce cas il est permis de conduire des bestiaux et conséquemment de passer avec eux, mais non pas sans eux [18]. A ces servitudes de passage on peut ajouter la *servitus navigandi* qui donne le droit de passer sur l'étang ou sur le lac du voisin [19].—2° *Servitus aquæductus* ou *aquæ ducendæ*, droit de conduire de l'eau du fonds d'autrui ou par le fonds d'autrui sur notre fonds. La servitude d'aqueduc implique le droit de placer des tuyaux sur le terrain assujetti, mais non pas celui d'y construire des canaux maçonnés [20]. L'usage de l'eau peut être donné pour toute l'année ou seulement pour une saison de l'année [21].—3° *Servitus aquæ*

vel jumentum vel vehiculum. »—Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui actum habet, et plaustrum ducere et jumenta agere potest, sed trahendi lapidem aut tignum neutri eorum jus est. » — Fr. 12, D., *eod.* — Fr. 17, § 2, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3.

[17] Pr. I., *de serv.* 2, 3. « Via est jus eundi et agendi et ambulandi ; nam et iter et actum in se continet via. » — Fr. 7, pr. D., *de S. P. R.* « Qui viam habent, eundi agendique jus habent : plerique et trahendi quoque et rectam hastam referendi, si modo fructus non lædat. » — Nous ignorons ce qu'il faut entendre par *rectam hastam referre.*—La largeur de la *via* dépend de la convention entre parties; à défaut de conventions particulières « Viæ latitudo ex lege XII Tabularum in porrectum octo pedes, in anfractum, i.e. ubi flexum est, sedecim. » Fr. 8, D., *de S. P. R.* Voyez aussi Varron, *de l. l.* VI, 2. Le sens du mot *anfractum* est controversé. — Voyez au reste sur la *via* en général Fr. 1, pr. Fr. 7, pr. Fr. 13, § 2. 3. Fr. 14. Fr. 23, pr. D., *de S. P. R.*

[18] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. — Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.* — Fr. 2, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6.—Fr. 1, D., *de adimend. legatis* 34, 4.—Il est facile de concilier ces passages avec le Fr. 4, § 1, D., *si serv. vindic.* 8, 5. « Qui iter sine actu, vel actum sine itinere habet, actione de servitute utetur. »

[19] Fr. 23, § 1, D., *de S. P. R.* 8, 3.

[20] Pr. I., *de servitut.* 2, 3. — Fr. 1, pr. D., *de S. P. R.*—Fr. 9, D., *eod.*—Fr. 4, D., *de aqua quotidiana* 43, 20. Voyez aussi Fr. 1, § 2. 3, D., *eod.*; Fr. 11, § 1, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2.—Fr. 2, § 1. Fr. 10. 15. 21. 22. 29, D., *de S. P. R.* — Fr. 17, § 1, D., *de aqua et aq. pluv.* 39, 3. — Fr. 2. 4. Fr. 5, pr. D., *de aqua quotidiana* 43, 20. — Fr. 2, D., *de rivis* 43, 21. — Il ne faut pas confondre cette servitude avec le droit de conduire ses eaux sur le terrain du voisin, *jus aquæ immittendæ vel educendæ in fundum.* Fr. 29, D., *de S. P. R.*; Fr. 8, § 5, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[21] *Aqua quotidiana et aqua æstiva* Fr. 1, § 2. 3, D., *de aqua quotid. et æstiva* 43, 20. Voyez en général ce titre du Digeste.

haustus ou *aquæ hauriendæ*, droit de puiser de l'eau sur le fonds d'autrui; il contient naturellement le *jus itineris* [22]. — 4° *Servitus pecoris ad aquam appellendi*, le droit de faire abreuver des troupeaux à la source d'autrui; il contient implicitement le *jus actus* [23]. — 5° *Servitus pecoris pascendi*, le droit de conduire paitre nos troupeaux sur le terrain d'un autre; il comprend naturellement la *servitus actus;* s'il n'y a pas de dispositions particulières sur l'étendue de ce droit, il ne peut être exercé que pour le nombre de bestiaux qui sont attachés au fonds dominant [24]. — 6° Enfin beaucoup d'autres servitudes qui donnent le droit de prendre sur le fonds assujetti des pierres, de la craie, du sable, de la chaux, des échalas pour nos vignes, *jus lapidis eximendi*, *cretæ eximendæ*, *arenæ fodiendæ*, *calcis coquendæ*, *silvæ cæduæ*, *ut pedamenta in vineis non desint*, etc. [25].

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTABLISSENT.

§ 216. *Introduction historique.*

Le mode général d'établir une servitude d'après le droit civil était anciennement la *in jure cessio*, qui était un simulacre de l'action confessoire, comme la *in jure cessio* d'une chose corporelle était une revendication fictive [26]. — Pour les servitudes rurales, qui étaient *res mancipi*, on se servait aussi de la *mancipation* [27]. — Enfin quand on transférait la propriété d'une chose à un autre, on pouvait s'en réserver l'usufruit, *per deductionem*. Toutefois cette réserve ne pouvait être ajoutée que quand le transfert de la chose se faisait par *mancipatio* ou par *in jure cessio* [28].

Aucun de ces modes solennels ne pouvait servir entre étrangers

[22] § 2, I., *de servitut.* 2, 3. — Fr. 1, § 1. Fr. 3, § 3. Fr. 9. Fr. 20, § 3, D., *de S. P. R.*

[23] § 2, I., *de servit.* 2, 3. — Fr. 1, § 1. Fr. 4, D., *de S. P. R.* — Fr. 14, § 3, D., *de alimentis legatis* 34, 1. — Fr. 1, § 18, D., *de aqua quotid.* 43, 20.

[24] § 2, I., *de servitut.* 2, 3. — Fr. 1, § 1. Fr. 3, pr. Fr. 4. Fr. 6, § 1, D., *de S. P. R.*

[25] § 2, I., *de servitut.* 2, 3. — Fr. 1, § 1. Fr. 5, § 1. Fr. 6, D., *de S. P. R.* Ajoutez Fr. 3, § 1. 2. Fr. 6, § 1 in f. D., *eod.*, etc.

[26] Gaius, II, 26. 30. — Ulpien, XIX, 11. — *Vatic. fragm.* 45.

[27] Gaius, II, 29.

[28] Gaius, II, 30-32. — Ulpien, XIX, 11. — *Vatic. fragm.* 47-50. Ces derniers passages tirés de Paul contiennent plusieurs dispositions particulières sur cette matière.

ou à l'égard des fonds provinciaux. Dans ce cas on se bornait à faire une simple convention, à laquelle on ajoutait habituellement la promesse d'une peine en cas de contravention à la servitude, probablement dans le but de constater que ce n'était point par pure tolérance que le propriétaire de la chose assujettie se soumettait à la restriction de son droit [29]. Pour garantir les servitudes ainsi constituées, les préteurs des provinces accordaient sans doute l'action confessoire, comme ils admettaient la revendication pour les fonds provinciaux. Ils protégeaient d'une manière analogue la servitude établie par quelqu'un qui n'avait que la propriété bonitaire de la chose assujettie. Enfin, ils donnaient *utiliter* l'action confessoire, quand c'était l'emphytéote ou le superficiaire qui avait accordé une servitude sur le fonds emphytéotique ou superficiaire. Dans tous ces cas, à la vérité, il n'y avait pas de *servitus jure civili constituta;* mais de fait on obtenait le même résultat *tuitione prætoris* [30].

Le préteur, tant à Rome que dans les provinces, accordait une protection semblable, toutes les fois que la servitude n'avait pas été établie d'après le strict droit, mais que l'une des parties l'avait exercée de bonne foi, et que l'autre en avait toléré l'exercice. Cette tolérance était considérée comme une espèce de tradition, transférant la quasi-possession de la servitude, que le préteur protégeait

[29] Gaius, II, 31. « ... Alioquin in provincialibus prædiis sive quis usumfructum, sive jus eundi, agendi, aquamve ducendi vel altius tollendi ædes, aut non tollendi, ne luminibus vicini officiatur, ceteraque similia jura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id efficere potest : quia ne ipsa quidem prædia mancipationem aut in jure cessionem recipiunt. » — Voyez encore ci-après § 217. C'est à tort que quelques auteurs ont soutenu, qu'il n'avait pas été possible de constituer des servitudes sur le fonds provincial, et que les *pacta* dont parle Gaius n'auraient fait naître qu'une simple obligation. On se convaincra du contraire, en suivant attentivement le développement historique de cette matière. Voyez au reste une constitution d'Alexandre Sévère L. 3, C., *de servitut. et aqua* 3, 34. « Et in provinciali prædio constitui servitus aquæductus, vel aliæ servitutes possunt, si ea præcesserint, quæ servitutes constituunt : tueri enim placita inter contrahentes debent. Quare non ignorabis, si priores possessores aquam duci per prædia prohibere jure non potuerint, cum eodem onere perferendæ servitutis transire ad emtores eadem prædia posse. » (224).

[30] *Vatic. fragm.* 61. « ... Et parvi refert, utrum jure sit constitutus ususfructus, an vero tuitione prætoris : proinde traditus quoque ususfructus, scilicet in fundo stipendiario vel tributario, item in jure vectigali vel superficie, non jure constitutus. — Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 1, § 6. 9, D., *de superficiebus* 43, 18.

d'une manière analogue à la possession matérielle d'une chose, tant par les interdits que par l'action Publicienne [31].

Dans le droit nouveau, les anciennes solennités sont tombées en désuétude et remplacées par la simple convention, qui de tout temps avait été employée dans les provinces [32]. Dès lors l'usage de l'action Publicienne a dû devenir moins fréquent. Cependant elle est toujours utile, non-seulement quand une servitude a été établie en notre faveur par quelqu'un qui n'est pas propriétaire de la chose assujettie, mais encore quand, par un motif quelconque, nous voulons éviter de fournir la preuve de la propriété de notre auteur. Au reste, dans ces cas, il est évident qu'il ne suffit pas de constater la convention, il faut de plus que nous établissions le fait de la quasi-tradition : car l'action Publicienne suppose la possession de bonne foi, et pareille possession ne peut être acquise que par un acte extérieur consenti par celui que nous croyons être propriétaire de la chose assujettie [33].

Après ces observations préliminaires, nous passerons en revue les divers modes de constitution de servitudes, tels qu'ils se trouvent dans le droit de Justinien.

§ 217. I. *Par convention ou par disposition de dernière volonté.*

Toutes les servitudes peuvent être établies par disposition de dernière volonté : toutefois il est dans la nature des choses que ce mode soit plus usité à l'égard des servitudes personnelles. Nous réservons les détails pour le livre V.

Dans le droit nouveau, toute servitude peut également s'établir par convention entre le propriétaire de la chose assujettie et la personne en faveur de laquelle elle est constituée. Celui qui veut accorder une servitude doit être propriétaire de la chose sur laquelle elle va être établie, et avoir la capacité de disposer de cette chose de la manière dont il le fait [34]. Par extension, on a

[31] *Vatic. fragm.* 61. — Fr. 11, § 1, D., *de Public. act.* 6, 2. — Fr. 9, § 1, D., *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9. — Fr. 20, D., *de servitut.* 8, 1. —Fr. 1, § 2, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 16, D., *si servit. vindic.* 8, 5. — Fr. 1, § 9, D., *de supercifiebus* 43, 18.

[32] § 4, I., *de servitut.* 2, 3. — § 1, I., *de usufructu* 2, 4. — Fr. 3, pr. D., *de usufructu* 7, 1.

[33] Voyez ci-après § 223, note 12.

[34] Fr. 6, pr. Fr. 8, D., *communia prœd.* 8, 4. — Fr. 11, § 1, *quemadm. servitut. amittunt.* 8, 6. —Fr. 105, D., *de condition. et demonstration.* 35, 1.

accordé à l'emphytéote et au superficiaire le droit d'établir des servitudes; mais il va sans dire que ces droits s'éteignent de plein droit à la fin de l'emphytéose et de la superficie [35].—De l'indivisibilité des servitudes il résulte qu'une chose appartenant à plusieurs personnes en commun ne peut être grevée de servitudes sans le consentement de tous les copropriétaires [36]. De même, aucune servitude ne peut être établie en faveur d'un fonds commun, à moins que tous les copropriétaires n'aient concouru à l'acte de constitution [37].

C'est une question fortement controversée parmi les interprètes modernes, que celle de savoir si la simple convention suffit pour constituer une servitude, ou s'il faut de plus une quasi-tradition du droit de la part de celui qui accorde la servitude. Nous pensons que la simple convention suffit. En effet, les passages du droit de Justinien qui traitent de l'établissement des servitudes se bornent à exiger cette manifestation de la volonté des parties, sans faire mention de la tradition [38]. D'ailleurs le développement inévitable des institutions devait amener ce résultat. A l'époque où l'on distinguait entre fonds italiques et fonds provinciaux, la simple convention était le mode ordinaire d'établir une servitude sur ces derniers. Le droit de Justinien qui ne connait plus de fonds italiques a dû évidemment généraliser le mode le plus libre. L'opinion contraire repose presque uniquement sur la supposition gratuite qu'en thèse générale la simple convention ne peut donner naissance qu'à une obligation, et qu'il faut de plus un acte

[35] Voir ci-dessus § 216, note 30 et ci-après § 227 et 232.

[36] Fr. 2, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 11. Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. —Fr. 6, § 1. 3. Fr. 18, D., *commun. præd.* 8, 4.—L'usufruit étant divisible fait naturellement exception. Fr. 10, D., *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9. — Fr. 1, § 9, D., *ad legem Falcid.* 35, 2.

[37] Fr. 8, in f. D., *de servit.* 8, 1. — Fr. 19, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 5, in f. Fr. 6, § 1. 3. Fr. 18, D., *commun. præd.* 8, 4.

[38] § 4, I., *de servitut.* 2, 3. « Si quis velit vicino aliquod jus constituere, pactionibus atque stipulationibus id efficere debet. » — § 1, I., *de usufr.* 2, 4. « Sine testamento vero si quis velit alii usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere debet. » — Fr. 3, pr. D., *de usufr.* 7, 1. « Et sine testamento autem si quis velit usumfructum constituere, pactionibus et stipulationibus id efficere potest. » — Nous trouvons dans Théophile, ad § 4, I., *de servitut.* 2, 3 une formule de la stipulation qu'on avait l'habitude d'ajouter au pacte constitutif. « Promettez-vous d'observer la servitude que vous avez consentie? Et si vous ne l'observez pas, promettez-vous de me donner 100 à titre de peine? » Le but de cette stipulation de peine était sans doute de constater

matériel, la tradition, pour constituer un droit réel [39]. Ce principe existe, à la vérité, pour le droit de propriété, qui est considéré lui-même comme une chose corporelle ; mais jamais les Romains ne l'ont appliqué aux *jura in re*, et, si nous faisons abstraction de la controverse qui nous occupe, il n'en est pas un seul dont l'acquisition exige une quasi-tradition. Particulièrement l'emphytéose, qui ne diffère des servitudes que parce qu'elle renferme des droits plus étendus, s'établit par simple convention [40]. Ceux qui soutiennent la nécessité de la quasi-tradition s'appuient à la vérité sur plusieurs passages de nos sources. Mais ces passages ne traitent point de la constitution du droit de servitude ; ils se rapportent uniquement à l'acquisition de la quasi-possession d'une servitude [41], et particulièrement à l'action Publicienne qui suppose la possession de bonne foi du droit qu'on réclame [42]. — Au reste, dans l'opinion même que nous combattons on est forcé d'introduire tant d'exceptions, que la règle qu'elle établit devient illusoire. D'abord il est incontestable que celui qui vend une chose peut se réserver une servitude sur cette chose, sans qu'il soit question de quasi-tradition [43]. Ensuite une quasi-tradition ne peut même être imaginée à l'égard des servitudes

l'intention sérieuse d'établir une servitude, afin que le promettant ne pût point soutenir plus tard qu'il en avait accordé l'usage par pure tolérance. Au reste nous trouvons de simples pactes non accompagnés de stipulations (Fr. 36, D., *de S. P. R.* 8, 3; Fr. 12. D., *de pignor.* 20, 1; L. 14, pr. C., *de servit.* 3, 34 ; L. 12, § 4, *verb.* Hæc autem C., *de ædif. priv.* 8, 10), ainsi que des stipulations sans pactes (Fr. 25, § 7, D., *de usufr.* 7, 1 ; Fr. 17, D., *de stipul. servor.* 45, 3).

[39] Le Fr. 3, pr. D., *de obl. et act.* 44, 7 dit à la vérité. « *Obligationum* substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum, aut servitutem nostram faciat ; sed, ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid, vel faciendum, vel præstandum. » Mais il suffit de traduire ce fragment littéralement pour se convaincre qu'il n'a rien de commun avec notre question.

[40] Voir ci-après § 230, note 31. Ajoutez pour la superficie § 232 et pour l'hypothèque § 234, note 14.

[41] Fr. 20, D., *de servit.* 8, 1. « Quoties via aut aliquod jus fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo, *per te non fieri, quo minus eo jure uti possit :* quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset. Ego puto, usum ejus juris pro traditione possessionis accipiendum esse. Ideoque interdicta veluti possessoria constituta sunt. »

[42] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem act.* 6, 2.— (*Vat. fragm.* 61). Fr. 1, pr. D., *quib. modis ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 1, § 2, D., *de S. P. R.* 8, 3.

[43] Fr. 32. 36, § 1, D., *de usufr.* 7, 1.—Fr. 19, D., *de servit.* 8, 1.—Fr. 33, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 6, pr. Fr. 8, D., *commun. præd.* 8, 4.

négatives, qui consistent à ne pas faire, de sorte qu'on est obligé d'admettre que pour ces servitudes au moins la simple convention suffit, ou bien de soutenir qu'elles ne peuvent en aucune manière être constituées entre-vifs par la volonté des parties. Ces considérations suffiraient peut-être pour justifier la règle que la simple convention est efficace pour l'établissement de toutes les servitudes, si d'ailleurs elle ne se trouvait exprimée dans nos sources d'une manière aussi précise que générale. — Au reste il va sans dire que celui qui veut se servir de l'action Publicienne doit établir sa possession de bonne foi, ce qui implique la preuve de la quasi-tradition faite par son auteur.

§ 218. II. *Par adjudication.*

Dans les actions en partage, le juge peut établir en faveur de l'un des copartageants une servitude sur la chose qu'il adjuge à l'autre partie [44]. Le droit romain lui laisse à cet égard une grande latitude. Ainsi, dans le partage des successions, il pourra, le cas échéant, accorder à l'une des parties la propriété, à l'autre l'usufruit d'une chose à partager [45]. Quand il s'agit de partager un fonds, il est souvent nécessaire d'accorder à l'un des copropriétaires un droit de passage, d'aqueduc, etc., sur le terrain adjugé à l'autre partie [46]. Après le prononcé du jugement de partage, il n'est plus permis à l'autorité judiciaire de créer des servitudes [47].

Observation. Des commentateurs ont soutenu qu'en général l'autorité judiciaire peut imposer à un fonds la servitude de passage en faveur d'un fonds enclavé et qui n'a aucune issue sur la voie publique. Mais le texte sur lequel cette opinion s'appuie ne parle même pas d'une servitude; dans tous les cas, il contient une disposition tout à fait exceptionnelle qu'on ne saurait étendre [48].

[44] Fr. 18, D., *comm. divid.* 18, 3. « Ut fundus hereditarius fundo non hereditario serviat, arbiter disponere non potest, quia *ultra id, quod in judicium deductum est, excedere judex non potest.* »

[45] Fr. 6, § 1, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 16, § 1. 2, D., *familiæ erciscundæ* 10, 2. — Fr. 6, § 10, D., *comm. divid.* 10, 3. — Voyez aussi *Vat. fr.* 47, et ci-dessus § 192.

[46] Fr. 7, § 1, D., *comm. divid.* 10, 3.

[47] Fr. 22, § 3, D., *famil. ercisc.* 10, 2.

[48] Fr. 12, pr. D., *de religiosis* 11, 7. « Si quis sepulcrum habeat, viam autem ad sepulcrum non habeat, et a vicino ire prohibeatur, Imperator Antoninus cum patre rescripsit, *iter ad sepulcrum peti precario et concedi solere,*

D'ailleurs le besoin des servitudes de passage se faisait moins sentir chez les Romains, parce que les champs étaient en général séparés par un espace libre de cinq pieds [49].

§ 219. III. *Par usucapion.*

Il paraît que dans l'ancien droit on avait admis que les servitudes s'acquièrent par l'usucapion. Mais la loi *Scribonia* abolit d'une manière générale ce mode d'acquérir les servitudes [50].

Cette loi ne se rapportait point aux fonds provinciaux sur lesquels on n'avait jamais pu acquérir une servitude par usucapion. On y appliquait le principe de la *longi temporis præscriptio,* du moins en ce qui concernait les servitudes prédiales. L'usage d'une servitude continuée pendant vingt ans ne donnait pas, à la vérité, le droit de servitude d'après le *jus civile;* mais le préteur en protégeait l'exercice soit au moyen d'une exception, soit même au moyen d'une action confessoire utile [51]. De fait, la *longi temporis præscriptio* était donc un moyen d'acquérir les servitudes prédiales dans

ut, quoties non debetur, impetretur ab eo qui fundum adjunctum habeat. Non tamen hoc rescriptum, quod impetrandi dat facultatem, etiam actionem civilem inducit, sed extra ordinem interpelletur; præses etiam compellere debet, justo pretio iter ei præstari : ita tamen ut judex etiam de opportunitate loci prospiciat, ne vicinus magnum patiatur detrimentum. »

[49] Voyez ci-dessus § 179, note 62.

[50] Fr. 4, § 29, D., *de usurpation.* 41, 3. « Libertatem servitutum usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quæ servitutem constituebat, non etiam eam, quæ libertatem præstat sublata servitute. » —Les motifs qui s'opposent à l'usucapion des servitudes sont indiqués par Paul, Fr. 14, pr. D., *de servit.* 8, 1. « Servitutes prædiorum rusticorum, etiamsi corporibus accedunt, incorporales tamen sunt, et ideo usu non capiuntur, vel ideo quia tales sunt servitutes, ut non habeant certam continuamque possessionem : nemo enim tam perpetuo, tam continenter ire potest, ut nullo momento possessio ejus interpellari videatur. Item et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur. » Voyez aussi Fr. 43, § 1, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. Toutefois il faut bien admettre que la jurisprudence avait établi l'usucapion des servitudes, puisque autrement la loi *Scribonia* n'aurait pas été nécessaire. — Il est impossible de fixer avec certitude l'époque de la loi *Scribonia.*

[51] Fr. 10, pr. D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 1, § 22. 23, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3. — Fr. 5, § 3, D., *de itiner.* 43, 19. — L. 1. 2, C., *de servitut. et aqua* 3, 34.—Le Fr. 10, § 1, D., *de usurp.* 41, 3. « Hoc jure utimur, ut servitutes per se nusquam (*al.* nunquam) longo tempore capi possunt, cum ædificiis possint » contient sans doute une interpolation de Justinien savoir « *longo tempore* capi » pour « *usu* capi. » Dans tous les cas il n'a plus aucune valeur depuis la L. 12, C., *de præscr. longi temporis* 7, 33.

les provinces, comme l'usucapion l'avait peut-être été d'une manière plus générale avant la loi *Scribonia*. —Enfin, après la fusion de l'usucapion, Justinien appliqua la *longi temporis præscriptio* indistinctement à toutes les servitudes, tant prédiales que personnelles [52].

Dans le droit nouveau, l'usucapion ou la prescription est donc un mode d'acquérir les servitudes. Pour qu'elle puisse avoir lieu il faut la réunion des conditions suivantes : 1° La quasi-possession de la servitude, c'est-à-dire il faut que nous ayons exercé la servitude avec l'intention de l'exercer comme notre droit [53]. Cette possession ne peut être vicieuse, *vi, clam* ou *precario* [54]*;* mais il n'est pas nécessaire qu'elle soit fondée sur un juste titre [55]. 2° La bonne foi du possesseur, c'est-à-dire, il faut qu'au commencement de son exercice il ait cru avoir le droit de servitude [56]. 3° L'exercice continu pendant dix ans entre présents et vingt ans entre absents [57]. Pendant ce temps la possession doit être exempte de tout vice [58]. Elle peut être interrompue de différentes manières. Dans les servitudes négatives, *quæ non faciendo consistunt,* il y a interruption par cela seul que l'état des choses conforme à la servitude a été changé d'une manière quelconque [59]; dans les

[52] L. 12, C., *de longi temp. præscr.* 7, 33. On a voulu nier l'extension de la *longi temporis præscriptio* aux servitudes personnelles, mais les termes de la loi sont trop précis « Eodem observando, etsi res non soli sint, veluti ususfructus et ceteræ servitutes. »

[53] Fr. 1, § 6. Fr. 7, D., *de itinere actuque priv.* 43, 19. — Fr. 25, D., *quemadm. servit. amittunt.* 8, 6.

[54] Fr. 10, pr. D., *si servit. vindic.* 8, 5.—Fr. 1, § 22, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3. — L. 1, C., *de servit.* 3, 34. — C'est à tort que quelques commentateurs tirent des mots *eo sciente* qui se trouvent dans la L. 2, C., *eod.* la conséquence que le propriétaire du fonds assujetti devrait avoir eu connaissance de l'exercice de la servitude; car la loi citée n'en dit rien.

[55] Fr. 10, pr. D., *si servit. vindic.* 8, 5. « Si quis diuturno usu, et longa quasi possessione jus aquæ ducendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non clam, non precario possedisse. »

[56] Fr. 25, D., *quemadm. servitut. amittunt.* 8, 6. —L. 12, C., *de præscript. longi temp.* 7, 33. « Bono initio possessionem tenentis. » Arg. Fr. 1, § 10. 19, D., *de aqua quotid.* 43, 20.

[57] Paul., *S. R.*, V, 5 A, 8. — L. 2, C., *de servitut.* 3, 34. — L. 12, C., *de præscript. longi temp.* 7, 33.

[58] Voyez les passages cités aux notes 50. 51.

[59] Fr. 6, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 6, § 1, D., *si serv. vind.* 8, 5.

servitudes affirmatives *quæ patiendo consistunt*, il faut en général un acte contraire de la part du propriétaire sur la chose duquel la servitude s'exerce [60]. Dans tous les cas, la protestation ou l'opposition de ce dernier aura pour effet d'interrompre l'usucapion de la servitude [61]. — L'*accessio possessionis* a également lieu dans l'usucapion des servitudes [62].

OBSERVATIONS. Nous lisons dans quelques passages que celui qui a exercé une servitude d'aqueduc pendant un temps immémorial doit être maintenu dans cet exercice [63]. Cette disposition particulière a donné lieu à la théorie de la prescription immémoriale qui a joué un si grand rôle pendant le moyen âge. Les glossateurs, et après eux la plupart des commentateurs, distinguaient entre servitudes continues et discontinues, et soutenaient que pour l'acquisition des premières, la prescription ou usucapion ordinaire suffisait, tandis qu'ils exigeaient la prescription immémoriale pour les servitudes discontinues [64]. Ces distinctions sont étrangères au droit romain : nous trouvons à la vérité quelques passages dans lesquels il est question de possession continue de servitudes; mais l'existence ou le défaut de cette circonstance n'exerce aucune influence sur l'acquisition par usucapion.

§ 220. IV. *Par la loi.*

Il n'y a que l'usufruit qui s'acquière de plein droit en vertu d'une disposition légale, sans qu'il soit besoin d'un acte d'acquisi-

[60] Fr. 6. Fr. 20, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.

[61] Fr. 3, pr. § 1, D., *de itinere* 43, 19. — Fr. 4, § 27, D., *de usurpationibus* 41, 3. — Fr. 1, § 5. 7, D., *quod vi aut clam* 43, 24. — L. 2, C., *de servitutibus* 3. 34. — L. 10, C., *de acquir. et retin. possess.* 7, 32.

[62] Arg. GAIUS, IV, 151. — Fr. 3, § 2. 6-10. Fr. 6, D., *de itinere* 43, 19.

[63] Fr. 3, § 4, D., *de aqua quotid.* 43, 20. — Fr. 2. 26, D., *de aqua et aq. pluv. arc.* 39, 3. — Fr. 28, D., *de probat.* 22, 3.

[64] Les commentateurs qui admettent cette terminologie la définissent de différentes manières. La définition adoptée par le Code civil, art. 688, « Les servitudes continues sont celles dont l'usage est ou peut être continuel, sans avoir besoin du fait actuel de l'homme, — les servitudes discontinues sont celles qui ont besoin du fait actuel de l'homme pour être exercées » est bonne surtout, parce qu'elle indique la différence importante que nous avons constatée ci-dessus § 213, vers la fin; mais elle ne se trouve point dans nos sources. — Pour se conformer au langage des Romains on devrait appeler *discontinues* les servitudes dont l'exercice ne se fait pas d'une manière continue, mais à certains intervalles, soit déterminés, soit dépendants du hasard. (Fr. 14, pr. D., *de servitut.* 8, 1. Fr. 7, D., *quemadm. serv. amitt.* 8, 6.)

tion. C'est ainsi que, dans le droit nouveau, le père a en général l'usufruit des biens qui appartiennent à ses enfants. Nous en parlerons ultérieurement au livre IV, où nous exposerons également les autres cas d'usufruit légal [65].

COMMENT LES SERVITUDES S'ÉTEIGNENT.

§ 221.

1° Par renonciation. Les servitudes se perdent par renonciation, comme tout autre droit [66]; mais la renonciation produit ici l'effet particulier de faire retourner le droit de servitude au propriétaire de la chose assujettie, en d'autres termes, de libérer cette dernière de la restriction qui lui avait été imposée. Dans l'ancien droit, la renonciation devait se faire par un acte solennel, par *in jure cessio*, c'est-à-dire une action négatoire fictive, ou par *remancipatio* [67]. Dans le droit nouveau, la renonciation n'exige aucune formalité; elle peut même être faite tacitement [68]. — Si une servitude indivisible appartient à plusieurs en commun, la renonciation ne produit d'effet que lorsqu'elle a été faite par tous [69].

2° Par confusion ou consolidation. Il y a confusion, lorsque le droit limité et le droit limitant, en d'autres termes la propriété restreinte et la servitude, se trouvent réunis dans la même personne [70]. La confusion s'appelle particulièrement consolidation

[65] Voyez L. 1, C., *de bonis maternis* 6, 60; L. 6, pr. C., *de bonis quæ liberis* 6, 61. — L. 3, pr. L. 6, § 1, C., *de secundis nuptiis* 5, 9. — *Nov.* 117, cap. 5, 8.

[66] Fr. 14, § 1, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.

[67] Nous saisissons cette occasion pour faire observer que les servitudes *comme telles* ne peuvent point être cédées. En effet les servitudes prédiales sont inhérentes au fonds dominant et ne peuvent être aliénées sans ce fonds; les servitudes personnelles sont inhérentes à l'individu en faveur duquel elles ont été créées et ne peuvent point passer à une autre personne. Voyez au reste ci-dessus § 207, note 32, et § 213, note 85.

[68] Fr. 64, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 8, pr. D., *quemadm. servit amittuntur* 8, 6. — Fr. 4. § 12, D., *de doli mali except.* 44, 4.

[69] Fr. 8, pr. § 1, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 34, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3. Voyez au reste Fr. 21. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 20, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.

[70] Fr. 1, D., *usufruct. quemadm. caveat* 7, 9. — Fr. 1, D., *quemadm. servitut. amittunt.* 8, 6.

quand elle se rapporte au droit d'usufruit [71]. L'effet de la confusion est d'anéantir la servitude, parce que personne ne peut avoir une servitude sur sa propre chose [72]. Si plus tard le propriétaire aliène soit le fonds assujetti, soit le fonds dominant, l'aliénation ne fait point revivre le droit de servitude éteint par la confusion [73]. Il est à remarquer que les servitudes indivisibles ne s'éteignent pas lorsque la réunion des deux droits (propriété et servitude) n'est que partielle [74].

3° Par la perte de la chose assujettie [75]. Il va sans dire que les servitudes sont éteintes par la perte totale de la chose assujettie; mais de plus, elles s'éteignent lorsque la chose subit des changements qui rendent l'exercice de la servitude impossible. Cependant il faut distinguer à cet égard entre les servitudes prédiales et les servitudes personnelles. Ces dernières s'éteignent par tous changements quelconques qui rendent impossible l'usage de la servitude. Ainsi, l'usufruit d'une maison s'éteint par la destruction de la maison, l'usufruitier n'aura aucun droit sur les ruines ou le sol; l'usufruit de l'*attelage* de quatre chevaux s'éteint par la mort d'un seul cheval [76]. Quant aux servitudes prédiales, un changement arrivé dans la superficie, ou dans la destination des immeubles ne suffit point pour les éteindre, un changement radical de la substance produira seul cet effet [77]. — Si les choses sont remises plus tard dans l'état où elles se trouvaient avant la destruction, les servitudes revivent. Cette règle est incontestable pour les servitudes

[71] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — *Vatic. fragm.* 83. — Fr. 3, § 2, D., *de usufr. accrescendo* 7, 2. — Fr. 78, § 2, D., *de jure dotium* 23, 3. Dans Paul, *S. R.*, III, 6, 28 nous trouvons le terme *dominii comparatio* pour désigner la consolidation de l'usufruit avec la nue propriété.

[72] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 30, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2.— Fr. 17, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.

[73] Fr. 10, D., *communia prædiorum* 8, 4.

[74] Fr. 8, § 1, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 30, § 1, D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 27, D., *de S. P. R.* 8, 3.—L'usufruit étant divisible fait exception. Fr. 14. 25, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4.

[75] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 2. Fr. 17, pr. D., *eod.* 7, 1. — Fr. 24, pr. § 1. Fr. 30, D., *quibus modis ususfr. amitt.* 7, 4.—Fr. 20, § 2. Fr. 23. 24, D., *de S. P. U.* 8, 2.

[76] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 5, § 2. Fr. 8-11. Fr. 30, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4. — Le Fr. 31, D., *eod.* « Cum gregis ususfructus legatus est, et usque eo numerus pervenit gregis, ut grex non intelligatur, perit ususfructus » a donné lieu aux interprétations les plus bizarres.

[77] Fr. 20, § 1, Fr. 31, D., *quemadm. servitut. amitt.* 8, 6.

prédiales; elle est moins certaine pour les servitudes personnelles [78].

4° Par la cessation de la qualité qui donne droit à la servitude. — A) Les servitudes personnelles, inhérentes à l'individu, s'éteignent par la mort naturelle ou civile de celui en faveur duquel elles sont établies [79]. Dans l'ancien droit toute *capitis deminutio*, même la *minima*, avait pour effet d'éteindre les droits provenant du *jus civile;* dans le droit nouveau, la *capitis deminutio minima* ne produit plus cet effet [80]. Si l'usufruit est établi en faveur d'une personne civile, la loi en fixe la durée à cent ans, à moins que la personne civile ne vienne à s'éteindre avant l'expiration de ce temps [81]. L'usufruit accordé à une personne et à ses héritiers cesse par la mort de ceux qui succèdent immédiatement au premier usufruitier [82]. Nous trouvons encore la particularité que l'usufruit légué à un esclave, à un fils de famille, ne s'éteint pas par la mort ou la *capitis deminutio* de ces personnes, mais continue d'exister en faveur du père de famille. De même, la mort du père de famille ne l'éteint pas si le fils ou l'esclave survivent [83]. — B) Les servitudes prédiales, étant attachées aux immeubles, ne cessent point par la mort de celui qui les exerce actuellement; mais elles s'éteignent par la destruction du fonds dominant. Si les choses sont remises dans leur ancien état, la servitude éteinte revit [84].

[78] Pour les servitudes prédiales Fr. 14. Fr. 18, § 2, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Quant aux servitudes personnelles, les Fr. 7, § 2, D., *de usufructu* 7, 1, et Fr. 23-24, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4, sont pour l'affirmative; mais le Fr. 10, § 1. 7, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4, dit positivement le contraire. — Voir aussi § 222, note 94.

[79] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Pr. I., *de usu* 2, 5. — Fr. 3, § 3, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4. — Fr. 37, D., *de S. P. R.* 8, 3. — L. 3, pr. L. 12. 14, C., *de usufr.* 3, 33.

[80] Paul, *S. R.* III, 6, 28. 29; Fr. 1, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4. — § 3, I., *de usufr.* 2, 4; § 1, I., *de acquis. per arrog.* 3, 10; L. 16, § 2, C., *de usufr.* 3, 33. — Nous avons vu ci-dessus, § 211 et § 212, que l'habitation et les travaux d'esclaves ne se perdent pas par *capitis deminutio*.

[81] Fr. 56, D., *de usufr.* 7, 1; Fr. 8, D., *de usu et usufr. per leg. dat.* 33, 2. — Fr. 21, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4.

[82] A proprement parler, il y a dans ce cas deux usufruits distincts, l'un en faveur de la personne désignée, l'autre en faveur de ses héritiers. Fr. 5, D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 38, § 12, D., *de verb. obl.* 45, 1.

[83] L. 17, C., *de usufr.* 3, 33.

[84] Fr. 3, D., *quemadm. servitut. amitt.* 8, 6. — Fr. 20, § 2, D., *de S. P. U.* 8, 2. Voir cependant § 222, note 94.

5° Par la révocation de la propriété de celui qui a constitué la servitude pourvu que la révocation s'exerce *in rem*. Il en est de même des servitudes établies par l'emphytéote et le superficiaire, qui cessent à la fin des droits d'emphytéose et de superficie.

6° Par l'accomplissement de la condition résolutoire et par l'expiration du terme pour lequel la servitude est accordée [85]. Ces modes d'extinction ne peuvent s'appliquer aux servitudes prédiales. — Il est à remarquer que l'usufruit accordé jusqu'à ce qu'un tiers ait atteint un âge fixé dure jusqu'à cette époque, encore que le tiers soit mort avant l'âge fixé [86].

7° Par prescription. Voyez le paragraphe suivant.

§ 222. *De la prescription extinctive des servitudes.*

Nous avons cherché à établir ci-dessus § 92, que les droits ne se perdent point par cela seul que nous ne les exerçons pas; nous en avons même fourni la preuve irrécusable quant au droit de propriété. Toutefois nous avons aussi constaté que la perte du droit de propriété peut résulter indirectement du non-exercice, quand un autre a acquis par usucapion la chose qui nous avait appartenu. Le même résultat peut se produire à l'égard des *jura in re,* et particulièrement des servitudes. En effet, si pendant le temps requis pour l'usucapion, la personne à qui une servitude compète ne l'exerce point, et que pendant ce même temps le maître de la chose assujettie exerce le droit de propriété dans toute son étendue sous les conditions requises pour l'usucapion : il est évident que ce dernier aura acquis la propriété libre et illimitée de sa chose, *usucapio libertatis*. Cette usucapion aura nécessairement pour effet d'éteindre la servitude qui gênait la liberté, comme l'usucapion d'une chose corporelle a pour effet d'anéantir le droit de l'ancien propriétaire. Mais dans l'un comme dans l'autre cas, à parler rigoureusement, c'est l'usucapion du nouvel acquéreur qui produit ce résultat, et non pas le non-usage accidentel de celui qui perd son droit. Voilà la base originaire de l'institution dont nous avons à traiter. Ce qui prouve que dans le principe, les Romains l'envisageaient sous le même point de vue, ce sont les

[85] Paul, *S. R.* III, 6, 33. — Fr. 4, pr. D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 35, D., *de usu et usufr. per leg. datis* 33, 2. — L. 5. 12, C., *de usufructu* 3, 33.

[86] L. 12, pr. C., *de usufr.* 3, 33. Voyez des décisions analogues : L. 12, § 1, C., *eod.,* et Fr. 1, § 6, D., *de usu et usufr.* 33, 2.

délais que nous trouvons dans l'ancien droit et qui sont d'un an pour les choses mobilières et de deux ans pour les immeubles [87].

Mais dans la pratique il est souvent difficile de distinguer comme nous l'avons fait entre la possession de la liberté et le non-usage de la servitude, par la raison que les manifestations extérieures de ces idées ne présentent aucune différence saisissable. Cela est surtout vrai à l'égard de toutes les servitudes dont l'exercice exige ou bien un acte positif de la part de celui à qui elles compètent ou bien une tolérance de la part du propriétaire de la chose assujettie. En effet, dès que l'acte positif nécessaire pour l'exercice de la servitude n'a plus lieu, la chose assujettie se trouve en état de liberté sans que le propriétaire ait besoin de faire un acte quelconque qui constate qu'il prend possession de cette liberté. En d'autres termes, le simple non-usage de ces servitudes a nécessairement pour effet de donner au propriétaire de la chose assujettie l'exercice ou la possession de la liberté. Dès lors il n'est pas étonnant qu'on ait négligé pour ces servitudes l'idée de l'usucapion de la liberté, qui en elle-même est fort abstraite et qui offre moins d'intérêt pratique que celle de l'extinction de la servitude. Toutefois la jurisprudence resta dans les limites que la nature des choses prescrivait rigoureusement. Ainsi, bien que l'on posât en principe général que *servitutes non utendo pereunt* [88], on continuait d'exiger l'usucapion de la liberté pour les servitudes auxquelles l'observation que nous avons faite ne s'appliquait pas. En effet, nous trouvons la disposition expresse que le simple usage ne suffit pas pour éteindre les *servitutes prædiorum urbanorum*, mais qu'il faut de plus *usucapio libertatis* de la part du propriétaire de la chose assujettie [89]. Or, nous avons vu ci-dessus

[87] Paul, *S. R.* I, 17, 1. « Viam, iter, actum, aquæductum, qui biennio usus non est, amisisse videtur... 2. Servitus hauriendæ aquæ vel ducendæ biennio omissa intercidit, et biennio usurpata recipitur. — III, 6, 30. « Non utendo amittitur ususfructus, si possessione fundi biennio fructuarius non utatur, vel rei mobilis anno. »

[88] § 3, I., *de usufr.* 2, 4. — Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. — L. 13, C., *de servitut.* 3, 34. « ... Ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur. »

[89] Fr. 6, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. « Hæc autem jura similiter ut rusticorum quoque prædiorum certo tempore non utendo pereunt, nisi quod hæc dissimilitudo est, quod non omnimodo pereunt non utendo, sed ita, si vicinus simul libertatem usucapiat. Veluti si ædes tuæ ædibus meis serviant, ne altius tollantur, ne luminibus mearum ædium officiatur, et ego per statutum tempus

§ 213, que ce sont précisément les servitudes urbaines dont l'exercice consiste à jouir d'un certain état de choses, *habendo*, tandis que les servitudes rurales exigent en général pour être exercées et le fait positif de celui qui a la servitude et la tolérance du maître de la chose assujettie. Les servitudes personnelles ressemblent sous ce rapport aux servitudes rurales : c'est pourquoi il a été admis qu'elles s'éteignent également par le simple non-usage.

Justinien conserva les règles qui s'étaient ainsi formées par la jurisprudence; seulement il abolit les anciens délais de l'usucapion et les remplaça par ceux de la *longi temporis præscriptio* [90]. Dans le droit nouveau nous trouvons donc le principe que les servitudes s'éteignent par le non-usage de dix ou vingt ans [91]. Cette règle est absolue pour l'usufruit et l'usage [92], ainsi que pour les servitudes rurales; mais à l'égard des servitudes urbaines, il faut de plus *usucapio libertatis* de la part du maître de la chose assujettie, c'est-à-dire, il faut que celui-ci ait fait un acte contraire à la servitude, auquel le propriétaire du fonds dominant ne se soit pas opposé, et que l'état des choses produit par cet acte ait duré pendant le temps requis pour la prescription [93].

fenestras meas præfixas habuero vel obstruxero, ita demum jus meum amitto, si tu per hoc tempus ædes tuas altius sublatas habueris : alioquin, si nihil novi feceris, retineo servitutem. Item si tigni immissi ædes tuæ servitutem debent, ita demum amitto jus meum, si tu foramen, unde exemtum est tignum, obturaveris, et per constitutum tempus ita habueris : alioquin, si nihil novi feceris, integrum jus suum permanet. » — Fr. 32, D., *eod.* — Fr. 18, § 2, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Fr. 4, § 29, D., *de usurp.* 41. 3.

[90] L. 13, C., *de servitut.* 3, 34. « Sicut usumfructum qui non utendo per biennium in soli rebus, per annale autem tempus in mobilibus vel se moventibus diminuebatur, non passi sumus hujusmodi sustinere compendiosum interitum, sed ei decem vel viginti annorum dedimus spatium; ita et in ceteris servitutibus obtinendum esse censuimus, ut omnes servitutes non utendo amittantur non biennio, quia tantummodo soli rebus annexæ sunt, sed decennio contra præsentes, vel viginti spatio annorum contra absentes, ut sit in omnibus hujusmodi rebus causa similis differentiis explosis. » (531).

[91] Nous avons vu ci-dessus, § 111 et 112, que l'*habitatio* et les *operæ servorum* ne se perdent pas par non-usage.

[92] Quelques auteurs exigent pour l'usufruit aussi l'usucapion de la liberté, mais la L. 16, § 1, in f. C., *de usufr.* 3, 33 ne contient point une innovation pareille. — L'explication du § 3, I., *de usufr.* 2, 4. « Finitur autem ususfructus morte usufructuarii... et non utendo *per modum et tempus... Quæ omnia nostra statuit constitutio*, » a donné lieu à diverses interprétations Voyez MM. Schrader, Ducaurroy et Ortolan, ad h. l.

[93] Voyez ci-dessus la note 89.

Il importe peu que ce soit volontairement, ou par ignorance, ou enfin par tout autre motif, que celui à qui la servitude compète ait négligé l'usage de son droit[94]. Mais pour la conserver, il n'est pas nécessaire qu'il ait exercé la servitude par lui-même; il peut la faire exercer par un autre : elle subsiste même, quand elle est exercée par un tiers de mauvaise foi [95]. Quand la servitude appartient à plusieurs par indivis, la jouissance de l'un empêche la prescription à l'égard de tous; de même, si parmi eux, il s'en trouve un contre lequel la prescription n'ait pu courir, il conservera le droit de tous les autres [96]. — Il est à remarquer qu'il y a non-usage, lorsqu'on n'exerce pas la servitude telle qu'elle est constituée [97].

Le délai de la prescription est fixé d'une manière uniforme pour toutes les servitudes, à dix ans entre présents et à vingt ans entre absents [98].

Il va sans dire, qu'il ne doit point y avoir interruption du non-usage. Le principe de l'*accessio possessionis* souffre également application dans cette matière [99].

Dans les cas où la servitude s'éteint par le simple non-usage,

[94] Fr. 19, § 1. Fr. 20. 22. 23, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. La servitude non urbaine sera même éteinte quand le non-usage provient de la violence de l'adversaire. (Fr. 4, § 27, D., *de usurp.* 41, 3) ou d'une force majeure. Seulement dans ce cas la servitude peut revivre, si l'obstacle disparaît avant l'accomplissement de la prescription. (Fr. 71, D., *de usufr.* 7, 1. — Fr. 34, § 1. Fr. 35, D., *de S. P. R.* 8, 3. — Fr. 14, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Fr. 9, § 1. Fr. 10, D., *de vi* 43, 16). Mais le non-usage qui se fait à titre précaire, ne peut servir de base à la prescription. (Fr. 32, pr. D., *de S. P. U.* 8, 2. — Fr. 16, *communia prædiorum* 8, 4).

[95] Fr. 5. 6, pr. Fr. 20. 23. 24, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.

[96] Fr. 6, § 1. Fr. 8, § 1. Fr. 9. 10, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6.—Il n'en est pas de même de l'usufruit. Fr. 14. 24, D., *quibus mod. ususf. amitt.* 7, 4.

[97] Fr. 10, § 1. Fr. 17. 18, pr. D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. — Fr. 17, pr. D., *de aqua et aq. pluv.* 39, 3. — Fr. 20, D., *quib. mod. ususf. amitt.* 7, 4.

[98] L. 13, C., *de servit.* 3, 34. Il y a diverses dispositions pour quelques cas spéciaux, particulièrement à l'égard des servitudes, dont l'exercice se fait à des intervalles déterminés. Fr. 7, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6. —L. 14, C., *de servit.* 3, 34. — Quand il s'agit de personnes ou de biens, qui ne sont pas soumis au délai ordinaire de 10 et 20 ans, il faut naturellement le délai extraordinaire de 30 ou 40 ans. Arg. L. 5, C., *in quib. caus. in integr. restitutio.* 2, 41 *Nov.* 131, C. 6.

[99] Fr. 18, § 1, D., *quemadm. servit amitt.* 8, 6. Arg. Fr. 3, § 2, D., *de itinere* 43, 19.

il ne faut point de bonne foi de la part de celui qui veut se prévaloir de la prescription, mais l'*usucapio libertatis* semble exiger la bonne foi [100].

DES ACTIONS RÉSULTANT DES SERVITUDES.

§ 223. *De l'action confessoire* [1].

On appelle *confessoire* l'action qui sert à faire valoir et à protéger un *droit de servitude*. C'est donc une action pétitoire. Nous aurons aussi à parler des actions qui servent à protéger la *possession* d'une servitude, c'est-à-dire le simple exercice, abstraction faite de la question de savoir si l'on a ou non le droit de l'exercer, *actions possessoires*.

L'action confessoire prend son nom de ce qu'elle a pour but de forcer le défendeur à reconnaitre l'existence du droit de servitude[2]. Pour pouvoir l'intenter, il faut : 1° que le demandeur ait le droit de servitude qu'il réclame ; 2° que ce droit ait été lésé. Le demandeur doit donc d'abord prouver l'existence de son droit. Cette preuve est simple dans les servitudes personnelles. Dans les servitudes prédiales, elle se compose de deux éléments. En effet, comme les servitudes prédiales sont inhérentes à la qualité de propriétaire du fonds dominant, nous ne pouvons en prouver l'existence qu'après avoir constaté que nous avons la propriété de ce fonds[3]. Il peut donc se faire que tout en ayant la possession d'un fonds, nous soyons obligé de prouver notre droit de propriété [4].

[100] Le Fr. 32, pr. *de S. P. U.* 8, 2 n'est pas contraire.

[1] Tit. D., *si usufructus petatur vel ad alium pertinere negetur* 7, 6.— Tit. D., *si servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur* 8, 5.

[2] Elle est aussi appelée *vindicatio* ou *petitio servitutis*, *actio de usufructu*, etc.

[3] Fr. 2, § 1. Fr. 6, § 3, D., *si serv. vindic.* 8, 5.—Fr. 16, D., *de exceptionibus* 44, 1. « Fundum Titianum possides, de cujus proprietate inter te et me controversia est, et dico præterea viam ad eum per fundum Sempronianum, quem tuum esse constat, deberi : si viam petam, exceptionem *quod præjudicium prædio non fiat*, utilem tibi fore putavit : *videlicet quod non aliter viam mihi deberi probaturus sim, quam prius probaverim fundum Titianum meum esse*.

[4] C'est, ce nous semble, le cas auquel Justinien fait allusion dans le célèbre passage du § 2, I., *de actionibus* 4, 6. « Sane uno casu, qui possidet, nihilominus actoris partes obtinet, sicut in latioribus Digestorum libris opportunius apparebit. » Du moins cette interprétation est à l'abri

L'action confessoire est accordée *utiliter* à ceux qui sont intéressés directement à l'existence de la servitude à cause d'un droit d'hypothèque, d'emphytéose ou de superficie [5]. — La lésion qui donne droit à l'action confessoire ne doit pas avoir nécessairement pour effet de rendre physiquement impossible l'exercice de la servitude; il suffit qu'il y ait contestation [6].

L'action confessoire est donnée contre quiconque nous empêche d'exercer notre droit de servitude ou nous donne la crainte fondée d'être troublé dans cet exercice. Dans la plupart des cas, ce sera donc contre le propriétaire de la chose assujettie que nous la dirigerons, mais le cas échéant, elle peut être intentée contre tout tiers qui se trouve dans les conditions voulues [7].

Le but de l'action est de faire reconnaître l'existence de la servitude [8], et par conséquent de faire cesser le trouble que le défendeur apporte à l'exercice de notre droit. Le juge se laissera déterminer par la nature particulière de la servitude dans le choix des mesures propres à obtenir ce résultat [9]. Il peut imposer au défendeur une caution pour prévenir toute atteinte

des reproches que l'on peut adresser à tous les essais qui ont été faits jusqu'à ce jour. Quant au sens du mot *actoris partes obtinere,* voyez ce que nous avons dit ci-dessus § 151, OBS.

[5] Fr. 16, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 3, § 3. Fr. 9, D., *de operis novi nunciat.* 39, 1. — Fr. 1, § 9, D., *de superfic.* 43, 18. — L'usufruitier qui est troublé dans l'exercice d'une servitude appartenant au fonds usufructuaire, n'a pas l'action confessoire du chef de cette servitude, mais il obtiendra le même résultat en l'intentant du chef de son usufruit. C'est du moins l'opinion de PAUL et d'ULPIEN, (Fr. 1, pr. Fr. 5, § 1, D., *si ususf. petat.* 7, 6), qui semble devoir l'emporter sur l'opinion contraire de JULIEN citée par Ulpien dans le Fr. 1, § 4, D., *de remission.* 43, 25.

[6] Fr. 9, D., *si serv. vindic.* 8, 5. Arg. Fr. 5, pr. § 6, D., *si ususf. petat.* 7, 6. — Fr. 6, § 1, D., *si servit. vindic.* 8, 5.—Voir ci-dessus § 203, note 94. M. PELLAT cherche à expliquer historiquement cette anomalie dans son *Exposé des principes généraux du droit de propriété et de l'usufruit*, pages 86 et suivantes.

[7] Fr. 4, § 3. 5. Fr. 6, § 3. 4. Fr. 9, pr. Fr. 10, § 1, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 5, § 1, D., *si ususfr. petatur* 7, 6.

[8] « Jus sibi esse, fundo vel ædibus utendi fruendi, vel per fundum vicinum eundi, agendi, etc. » GAIUS, IV, 3; § 3, I., *de act.* 4, 6. — Fr. 2, pr. Fr. 7. 8. § 4, D., *si serv. vind.* 8, 5.

[9] Voyez par exemple, Fr. 5, pr. D., *si ususfr. petat.* 7, 6. — Fr. 4, § 5. Fr. 7. 8, § 2, D., *si servit. vindic.* 8, 5. — Si pendant le procès la servitude s'est éteinte par non-usage, le défendeur sera condamné à la rétablir. Fr. 5, § 5, D., *si ususfr. pet.* 7, 6. — Fr. 8, § 4, D., *si serv. vind.* 8, 5.

ultérieure [10], et le condamner aux dommages et intérêts s'il y a lieu [11].

L'action confessoire est donnée comme Publicienne, soit à celui qui n'est que possesseur de bonne foi de la servitude qu'il réclame, soit à celui qui, tout en ayant le droit de servitude, préfère la preuve plus facile de la *Publicienne* [12].

§ 224. *De l'action négatoire* [13].

Nous avons vu, au § 203, que l'action négatoire peut être intentée toutes les fois que quelqu'un lèse notre droit de propriété d'une manière qui ne suffirait pas à nous donner la revendication. Elle aura donc lieu particulièrement si quelqu'un s'arroge un droit de servitude sur notre propriété.

L'action négatoire compète au propriétaire ; elle est donnée *utiliter* au créancier hypothécaire, à l'emphytéote et au superficiaire [14]. Le demandeur doit prouver son droit de propriété ou l'existence du droit réel qui l'autorise à agir. Il y a une grande controverse sur la question de savoir s'il doit en outre prouver la non-existence de la servitude que le défendeur veut usurper. L'affirmative est soutenue d'une manière plus ou moins absolue par beaucoup de jurisconsultes, et même le nom de l'action semble favoriser cette opinion [15]. Cependant, elle est incompatible avec les principes généraux sur le droit de propriété. En effet, ce droit est absolu et exclusif, et celui qui a fourni la preuve de sa propriété a par là même constaté l'existence de tous les pouvoirs contenus dans ce droit, jusqu'à ce qu'un autre établisse que ces pouvoirs ont été limités ou restreints d'une manière quelconque [16]. Il faut donc soutenir que le demandeur a satisfait à l'obligation de la preuve dès qu'il a établi sa propriété. Si le

[10] Fr. 7, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 7, D., *de aq. quot.* 43, 20.

[11] Fr. 4. § 2. Fr. 6, § 6, D., *si serv. vindic.* 8, 5. — Fr. 2. Fr. 5, § 3. 6, D., *si ususfr. petat.* 7, 6. — L. 5, C., *de servitut.* 3, 34.

[12] Fr. 11, § 1, D., *de Publiciana in rem act.* 6, 2. — Fr. 1, § 2, *de S. P. R.* 8, 3.

[13] Voir ci-dessus § 203 et les titres du Dig. cités au § 223, note 1.

[14] Fr. 5, pr. D., *si ususfr. pet.* 7, 6. — Fr. 2, pr. in f. Fr. 4, § 7, D., *si serv. vindic.* 8, 5.

[15] Fr. 2, pr. D., *si serv. vindic.* 8, 5. « (Competit actio) negatoria domino qui negat. » — § 2, I., *de action.* « Si quis intendat jus non esse adversario, utendi fruendi, eundi, agendi. »

[16] Voir ci-dessus § 151 et § 178.

défendeur soutient avoir un droit de servitude, c'est à lui d'en prouver l'existence [17], et il n'y a aucune raison d'abandonner cette règle dans le cas où le défendeur se trouverait avoir la quasi-possession de la servitude [18].

Le but de l'action négatoire est de faire reconnaitre que nous avons le droit de propriété libre et illimité, et par conséquent de faire condamner le défendeur à ne plus troubler, ainsi qu'à nous payer des dommages et intérêts s'il y a lieu. Il peut également être contraint à fournir caution pour l'avenir [19].

Quoique les lois n'en parlent pas, rien ne paraît s'opposer à ce qu'on applique à l'action négatoire le principe de l'action Publicienne.

§ 225. *Des actions possessoires.*

Nous avons vu ci-dessus que le principe de la possession a été étendu aux servitudes sous le nom de *juris* ou *quasi-possessio.* Par suite de cette extension, on a également appliqué les interdits possessoires aux cas où quelqu'un exerce une servitude, abstraction faite de la question de savoir s'il a le droit de l'exercer. Toutefois, cette application s'est faite avec une très-grande réserve, et dans plus d'un passage de nos sources, on fait observer que la possession corporelle diffère essentiellement de la quasi-possession d'un droit de servitude [20].

[17] Arg. L. 10, C., *de pignoratitia actione* 4, 24.

[18] Pour l'opinion contraire on cite souvent les Fr. 8. 14, D., *de probationibus* 22, 3, et Fr. 7, § 5 D., *de liberali causa* 40,12. Mais il suffit de lire ces passages pour se convaincre qu'ils n'ont pas le moindre rapport avec la question dont il s'agit. Le Fr. 15, D., *de operis novi nunciat.* 39, 1, quoiqu'il traite réellement des actions négatoire et confessoire, ne contient cependant pas la règle que nous combattons. Le Fr. 8, § 3, D., *si serv. vindic.* 8, 5 paraît plus décisif. En effet Ulpien y dit « Si quæritur, quis possessoris, quis petitoris partes sustineat, sciendum est, possessoris partes sustinere, si quidem tigna immissa sint, eum qui servitutem sibi deberi ait, si vero non sunt immissa, eum qui negat. » Toutefois, nous pourrions dire que dans ce passage, il ne s'agit point de la question de savoir à qui la preuve incombe, mais tout simplement du fait de la possession. Cette explication paraît d'autant plus admissible, que dans le Fr. 6, § 1, D., *eod.*, qui est tiré du même ouvrage, Ulpien se sert exactement des mêmes termes pour examiner la question de savoir, à qui compètent les interdits possessoires.

[19] Voir ci-dessus § 203. — § 2, I., *de act.* 4, 6. — Fr. 5, § 6, D., *si ususfr. petatur* 7, 6. — Fr. 4, § 2. Fr. 14, pr. D., *si serv. vindic.* 8, 5.

[20] Voyez sur toute cette matière M. de Savigny, *Traité de la possession,* § 45 et 46, que nous avons en général suivi.

C'est aux servitudes personnelles que les interdits possessoires ont été appliqués de la manière la plus étendue. Cela s'explique aisément, car la quasi-possession de l'usufruit se manifeste de la même manière que la possession corporelle. C'est par ce motif, que le préteur donna *utiliter* les interdits *uti possidetis,* et *unde vi* pour protéger la possession de l'usufruit [21]. Dans le droit nouveau, les interdits ordinaires *retinendæ et recuperandæ possessionis* sont accordés indistinctement pour toutes les servitudes personnelles [22].

Le même motif s'applique aux servitudes prédiales négatives et à celles dont l'exercice consiste à avoir la jouissance d'un certain état de choses. En effet, l'usage de ces servitudes ne peut être troublé que par un acte qui troublerait également la possession matérielle du fonds dominant, et l'on peut dire que la possession de la servitude est inhérente à la possession du fonds, comme le droit de servitude fait partie de la propriété du fonds en faveur duquel elle est constituée [23]. A l'égard de ces servitudes, il est donc permis de soutenir que les interdits ordinaires *retinendæ possessionis* peuvent servir à en protéger l'exercice [24]. Les

[21] *Vatic. fragm.* 90. « Si usufructu legato, legatarius fundum nactus sit, competit (utile) interdictum adversus eum, quia non possidet legatum, sed potius fruitur. Inde et interdictum *uti possidetis* utile hoc nomine proponitur (et) *unde vi,* quia non possidet. Utile — tali concipiendum est, *quod de his bonis legati nomine possides, quodque uteris frueris, quodque dolo malo fecisti, quominus possideres, uterer is frueris,* etc. Voyez aussi le *Fragm.* 91.

[22] Ils ne sont même plus qualifiés d'*utiles.* Fr. 4, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 3, § 13. 14. 16. Fr. 9, § 1, D., *de vi* 43. 16. — Fr. 2, pr. § 8, D., *de precario* 43, 26. — Fr. 27, in f. D., *de donat.* 39, 5.

[23] Quant au *droit* de servitude, cette observation s'applique à tous les *jura prædiorum* (Fr. 86, D., *de verb. sign.* 50, 16. — Fr. 12, D., *quemadm. servit. amitt.* 8, 6); mais quant à la *possession* de la servitude, elle n'est vraie que pour les servitudes prédiales dont l'exercice consiste *habendo.*

[24] Nous devons cependant faire observer, qu'aucun passage de la loi ne consacre ce principe d'une manière expresse. Le Fr. 8, § 5, in f. D., *si servit. vindic.* 8, 5, ne peut être cité comme décisif, car les mots « sed et interdictum *uti possidetis* poterit locum habere, si quis prohibeatur, qualiter velit, suo uti » peuvent s'entendre aussi bien et même mieux de celui qui veut maintenir la liberté de son fonds, que de celui qui veut *fumum immittere.* — On ne saurait pas non plus citer le Fr. 1, § 8, D., *quod legatorum* 43, 3, parce que la rédaction en est trop générale. Une grande difficulté résulte toujours du Fr. 3, § 5, D., *uti possidetis* 43, 17. « Item videamus, si projectio supra vicini solum non jure haberi dicatur, an interdictum *uti possidetis* sit utile alteri adversus alterum? Et est apud Cassium relatum, utrique esse *inutile,* quia alter solum

interdits *recuperandæ possessionis* ne peuvent jamais être employés, parce que le trouble le plus grave apporté à la servitude ne saurait avoir pour effet de nous déposséder de l'immeuble même.

Il n'en est pas de même des servitudes dont l'exercice suppose un acte positif de la part de celui qui les réclame. Les interdits ordinaires n'y seraient d'aucune utilité [25]; mais nous trouvons pour les cas les plus importants des interdits particuliers, dont la plupart paraissent être antérieurs aux interdits créés pour les servitudes personnelles. Tels sont : 1° L'interdit *de itinere actuque privato* [26], accordé à celui qui a exercé d'une manière non vicieuse la servitude de passage au moins pendant trente jours de l'année qui a précédé le trouble. On peut également se servir d'un interdit à l'effet de faire les réparations nécessaires pour l'exercice du droit de passage, mais dans ce cas on doit prouver l'existence de son droit et fournir caution du chef de tout dommage [27]. 2° Les interdits de *aqua quotidiana* et *de aqua æstiva* [28]. Ces interdits supposent qu'on ait acquis la possession de bonne foi et en vertu d'un juste titre [29]. 3° L'interdit *de rivis reficiendis* à l'effet de pouvoir curer et réparer les conduits d'eau [30]. 4° Les interdits *de fonte* et *de fonte reficiendo purgando* [31]. 5° Enfin il y a un interdit particulier, tendant à obtenir protection dans les réparations nécessaires d'un cloaque qui se trouve sous le terrain d'autrui [32].

Le but de tous ces interdits est d'obtenir protection dans l'exer-

possidet, alter cum ædibus superficiem. » La difficulté est même inextricable, à moins qu'on ne change arbitrairement le mot *inutile* en *utile*.

[25] C'est au reste une question extrêmement controversée que celle de savoir, si les interdits ordinaires ne doivent pas être appliqués à toutes les servitudes sans exception, comme ils le sont positivement aux servitudes personnelles. Ne pouvant ici entrer dans les détails de la controverse, nous nous bornons à citer les passages sur lesquels s'appuient particulièrement les partisans de l'opinion contraire à la nôtre. Fr. 20, D., *de servitut.* 8, 1. — Fr. 1, § 8. D., *quod legator.* 43, 3. Voy. aussi Voet, *Comment. ad Pandectas,* Lib. XLIII, Tit. 16, § 2. Tit. 17, § 1.

[26] T. D., *de itinere actuque privato* 43, 19.

[27] Fr. 3, § 11. 13. 14. Fr. 5, § 4, D., *eod.*

[28] T. D., *de aqua quotidiana et æstiva* 43, 20.

[29] Fr. 1, § 10. 19, D., *eod.*

[30] T. D., *de rivis* 43, 21.

[31] T. D., *de fonte* 43, 22.

[32] T. D., *de cloacis* 43, 23.

cice de la servitude qu'on possède et condamnation aux dommages et intérêts s'il y a lieu [33].

TITRE TROISIÈME.

DE L'EMPHYTÉOSE [1].

NATURE DU DROIT D'EMPHYTÉOSE.

§ 226. *Notion et introduction historique* [2].

L'emphytéose est un *jus in re* en vertu duquel nous pouvons cultiver un fonds et en jouir de la manière la plus étendue, moyennant une rente à payer au propriétaire. Pour désigner ce droit, nous trouvons le mot *emphyteusis* à partir du second siècle de l'ère chrétienne, mais il y a des institutions plus ou moins analogues longtemps avant cette époque.

D'abord la possession du domaine public, dont nous avons parlé dans l'introduction historique, offre une assez grande ressemblance avec le droit dont nous parlons. Nous y rencontrons en effet et la rente à payer au propriétaire et le droit de jouissance accordé au possesseur. Que cette possession ait été garantie par une action réelle ou qu'elle n'ait été protégée qu'au moyen des interdits, toujours est-il que le possesseur avait la pleine jouissance du fonds et qu'il la transmettait à ses successeurs sauf le droit qu'avait la république de la révoquer à volonté. Sous le point de vue pratique, ce n'est donc guère que par cette dernière restriction que la possession du domaine public différait de l'emphytéose.

Mais il est une autre institution qui offre plus d'analogie avec l'emphytéose, non-seulement quant aux effets pratiques, mais

[33] Fr. 3, § 17. Fr. 9, § 1, D., *de vi* 43, 16. — Fr. 1, pr. Fr. 3, § 3. 11, D., *de itinere* 43, 19. — Fr. 1, pr. § 23, D., *de aqua* 43, 20, etc.

[1] Tit. D., *Si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur* 6, 3.—Tit. C., *de jure emphyteutico* 4, 66.

[2] Sur l'histoire de ce droit, cf. M. J. B. Nothomb, *Spec. de historia juris emphyteutici apud Romanos*, Liége, 1826.

encore quant à l'origine et à la nature du droit. Les municipes, les colléges des prêtres, etc., avaient des propriétés immobilières qu'ils étaient accoutumés de donner à ferme [3]. De pareils baux n'offraient sans doute, dans le principe, rien de particulier; mais la qualité du bailleur devait naturellement donner un certain caractère de stabilité aux rapports qui en résultaient, d'autant plus que ces immeubles étaient souvent situés dans des pays lointains [4]. Aussi finit-on par considérer ces baux comme faits à perpétuité, et par admettre que le fermier ne pouvait être obligé de quitter le fonds tant qu'il payait exactement le loyer convenu [5]. Pour donner de l'efficacité à ce droit, on accordait au fermier une action, non-seulement contre la corporation qui lui avait affermé l'immeuble, mais encore contre toute personne qui le troublait dans la jouissance de son bail [6]. Ces immeubles portaient le nom d'*agri vectigales,* de la rente, *vectigal,* que payait le fermier; et l'*actio in rem,* qui lui était accordée de ce chef, s'appelait *actio vectigalis, quæ de fundo vectigali proposita est* [7].

Enfin, sous les empereurs, nous trouvons le jus ἐμφυτευτικὸν représenté comme un *jus prædii* distinct du bail des *agri vectigales* [8]. C'étaient surtout les empereurs qui avaient l'habitude

[3] Siculus Flaccus, *de conditione agrorum*, éd. Goes., p. 25. — Frontinus, *de coloniis,* p. 106, eod. — Hygenus, *de conditione agrorum* p. 206, eod. — Pline, *Epist.* VII, 18. — Gaius, III, 145. — Fr. 1, pr. D., *si ager vect.* 6, 3.

[4] Cicéron, *ad famil.* XIII, 7. 11. — Vellejus Paterculus, II, 81.

[5] Gaius, III, 145. « Adeo autem emtio et venditio, et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quæri soleat, utrum emtio et venditio contrahatur, an locatio et conductio; veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in prædiis municipum, quæ ea lege locantur, ut quamdiu vectigal præstetur, neque ipsi conductori, neque heredi ejus prædium auferatur. Sed magis placuit locationem conductionemque esse. »

[6] Fr. 1, § 1, D., *si ager vectig.* 6, 3. « Qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus, quamvis non efficiantur domini, tamen placuit competere eis in rem actionem adversus quemvis possessorem, sed et adversus ipsos municipes. »

[7] Voir ci-dessus § 32, note 28. — Fr. 15, § 26, D., *de damno infecto* 39, 2. — Fr. 66, pr. D., *de evict.* 21, 2.

[8] La première mention de ce droit se trouve dans un passage d'Ulpien. Fr. 3, § 4, D., *de reb. eor. qui sub tut.* 27, 9. « Si jus ἐμφυτευτικὸν vel ἐμβατευτικὸν habeat pupillus, videamus an distrahi hoc a tutoribus possit? Et magis est, non posse, quamvis jus prædii potius sit. » — L. 13, C., *de præd. min.* 5, 71. « Etiam vectigale, *vel* patrimoniale *sive* emphyteuticum prædium sine decreto præsidis distrahi non licet » (Diocl. et Maxim.).

d'établir ce droit sur leurs biens particuliers, *fundi patrimoniales*[9]; plus tard il fut aussi appliqué aux immeubles des particuliers et des églises[10]. Il est probable que le triste état de l'agriculture, résultat de la mauvaise organisation sociale et de l'invasion des Barbares, contribua beaucoup à étendre cette institution.

Justinien comprit que le droit d'emphytéose était, de sa nature, identique avec les baux à rente perpétuelle, et finit par réunir ces deux institutions en une seule; de manière que dans sa compilation les termes *ager vectigalis* et *ager emphyteuticarius* sont entièrement synonymes[11].

On voit par la définition sommaire que nous avons donnée du droit d'emphytéose, qu'il pourrait être considéré comme une servitude personnelle. Il ressemble surtout à l'usufruit : cependant il en diffère aussi à plusieurs égards. Notamment l'emphytéose n'est pas inhérente à la personne de celui à qui elle est accordée, elle se transmet aux héritiers et peut être aliénée; elle est à perpétuité, si l'acte de constitution ne lui assigne pas de durée limitée[12]. Puis les droits de l'emphytéote sont, sous beaucoup de rapports, plus étendus que ceux de l'usufruitier, et cependant il n'est pas obligé de fournir caution. Par contre, la rente est pour ainsi dire de l'essence du droit de l'emphytéose. Enfin l'emphytéote a la possession juridique du fonds emphytéotique.

L'emphytéose ne peut, à la rigueur, être établie que sur les immeubles susceptibles d'être cultivés. Nous trouvons cependant trois constitutions qui semblent l'appliquer également aux bâtiments[13].

Observation. La grande étendue des pouvoirs attribués à l'emphytéote a fait croire aux glossateurs et à leurs successeurs, que le droit d'emphytéose était une espèce de propriété. Pour

[9] Tit. Th. C., 5, 13 (ed. Wenck et Hænel).—Tit. J. C., *de fundis patrimonial.* 11, 61. — Gothofredus, *Parat. ad Th. C.*, 11, 3.

[10] L. 1, C., *de fundis patrimonial.* 11, 61. — *Nov.* 7, cap. 3. — *Nov.* 120, passim.

[11] Voir la rubrique du Tit. D., *si ager vectigalis, id est, emphyteuticarius petatur* 6, 3 et l'interpolation du Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8. — Cf. Gaius, III, 145 avec § 3, I., *de locat. et cond.* 3, 24.

[12] Il n'est pas nécessaire que la location soit faite à perpétuité. Fr. 3, D., *si ager vectigalis* 6, 3.

[13] L. 5, Th. C., *de locat. fund. jur. emphyt.* 10, 3.—*Nov.* 7, cap. 3, § 1. 2; *Nov.* 120, cap. 1, § 2.

la distinguer de la véritable propriété, on avait l'habitude de l'appeler *dominium utile*, soit parce que l'emphytéote retire toute l'utilité du fonds, soit parce que l'*actio vectigalis* est aussi appelée *utilis petitio*. Cette terminologie, qui n'a pas laissé que d'exercer une influence funeste pendant les siècles derniers, est aussi contraire aux principes généraux qu'aux dispositions positives du droit romain. Les L. 4. 12 C. *de fundis patrimonial.* 11, 61. et L. 3, C. *de divers. præd. urban.* 11, 69, appliquent, à la vérité, le mot *dominus* à l'emphytéote; mais il s'agit, dans ces passages, de l'emphytéote qui a acquis la nue propriété et qui dès lors est véritable *dominus*. Loin d'assimiler l'emphytéose au droit de propriété, les Romains opposent avec soin l'*emphyteuta* au *dominus* [14]; Ulpien distingue notre droit de la propriété, en l'appelant *jus prædii*, et l'établissement d'une emphytéose est considéré comme ne constituant point un *titulus alienationis* [15].

§ 227. *Droits de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote jouit du fonds comme le propriétaire. Il peut y faire les changements qui lui semblent nécessaires ou utiles; il a même le droit de disposer de la substance, et son pouvoir arbitraire n'est limité que par la défense de détériorer le fonds [16]. — 2° L'emphytéose se transmet aux héritiers [17]. L'emphytéote peut disposer de son droit comme bon lui semble, tant entre vifs qu'à cause de mort; il peut le louer et le grever de servitudes et d'hypothèques; il peut même le céder et le transférer à un autre à titre onéreux ou à titre gratuit [18]. Cependant il ne peut le vendre, à moins de signifier sa volonté au propriétaire, lequel a

[14] Fr. 1, § 1, D., *si ager vectig.* 6, 3. — Fr. 71, § 5. 6, D., *de leg. I* (30). — L. 1-3, C., *de jure emphyteut.* 4, 64. — L. 8, C., *de fund. patrim.* 11, 61. — L. 2, C., *de mancip. et colon.* 11, 62.

[15] Fr. 3, § 4, D., *de rebus eor. qui sub tut.* 27, 9. — L. 1, C., *de jure emphyteut.* 4, 66.

[16] *Nov.* 7, cap. 2, § 3. — *Nov.* 120. cap. 8.

[17] Gaius, III, 145. — § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24. — Fr. 1, pr. D., *si ager vectig.* 6, 3. — Fr. 10, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — *Nov.* 7. cap. 3. — *Nov.* 120. cap. 6, § 1.

[18] (*Vatic. frag.* 61). Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amitt.* 7, 4. — Fr. 16. § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 71, § 5. 6, D., *de legat. I* (30). — L. 3, C., *de jure emphyteut.* 4, 66. — L. 1, C., *de fund. patrim.* 11, 61. — Mais il ne faut pas perdre de vue que les *jura in re* que l'emphytéote accorde s'éteignent par l'extinction de l'emphytéose. Fr. 31, D., *de pignor.* 20, 1.

dans ce cas, pendant deux mois, un droit de préférence sur l'acheteur originaire, s'il offre un prix égal à celui offert par ce dernier. Passé ce délai, l'emphytéote est libre de vendre, sauf les obligations dont il sera parlé ci-après [19]. — 3° L'emphytéote a la possession du fonds emphytéotique [20]. Cette anomalie s'explique par la ressemblance qui existait entre les anciens *agri vectigales* et la possession du domaine public. Il est d'ailleurs possible qu'avant la création de la *vectigalis in rem actio,* les municipes aient eu l'habitude de céder à leurs fermiers les interdits, afin de leur donner une arme contre les usurpations des tiers. En sa qualité de possesseur du fonds, l'emphytéote a donc le droit d'intenter les interdits possessoires, et il acquiert les fruits par la simple séparation.

§ 228. *Obligations de l'emphytéote.*

1° L'emphytéote supporte les charges, impôts, etc., qui pèsent sur le fonds [21]. — 2° Il est tenu de cultiver le fonds en bon père de famille, et de le restituer à la fin de l'emphytéose dans l'état où il l'a trouvé; il est tenu de toute détérioration arrivée par sa faute [22], — 3° Il doit payer exactement la rente annuelle, *pensio*, *reditus*, *canon*, moyennant laquelle il exerce le droit d'emphytéose [23]. Il n'a pas droit à une diminution proportionnelle, si une partie du fonds périt; mais si le fonds entier périt, le droit d'emphytéose s'éteint, et avec le droit, l'obligation de payer la rente[24]. 4° En cas d'aliénation du droit d'emphy

[19] L. 3, C., *de jure emphyteut.* 4, 66.

[20] Arg. Fr. 25, § 1, *de usuris* 22, 1. « ... Cum ad bonæ fidei possessorem (fructus) pertineant, quoquo modo a solo separati fuerint, sicut ejus qui vectigalem fundum habet, fructus fiunt, simul atque solo separati sunt. » Voir ci-dessus § 191, notes 6-9. — Le Fr. 15, § 1, D., *qui satisdare cogantur* 2, 8 ne saurait être cité pour prouver que l'emphytéote a la possession du fonds; car il est évident que le mot *possessor* y est pris dans un sens différent. Voyez le Fr. 15, § 2, 3, D., *eodem.*

[21] L. 2, C., *de jure emphyteut.* 4, 66.

[22] *Nov.* 7. cap. 3, § 2.

[23] Fr. 1, pr. Fr. 2, D., *si ager vectig.* 6, 3.—§ 3, I., *de locat. et cond.* 3, 24.— L. 2. 3, C., *de jure emphyt.* 4, 66. Rien ne paraît s'opposer à ce que le *canon* consiste en une quantité de fruits. Arg. L. 21, C., *de locato* 4, 65.

[24] Cette décision se trouve dans la Loi 1, C., *de jure emphyteut.* 4, 66, par laquelle l'empereur Zénon mit fin à l'ancienne controverse sur la question de sa-

téose, il est dû au propriétaire une somme d'argent égale au cinquantième du prix de vente ou de la valeur estimative de l'emphytéose. Cette obligation existe non-seulement dans le cas de vente, mais toutes les fois que l'emphytéose est transférée à une autre personne [25]. La succession héréditaire n'y donne point lieu; car elle n'est autre chose que la continuation de la personne du défunt et ne constitue point une aliénation.

DES ACTIONS RÉSULTANT DE L'EMPHYTÉOSE.

§ 229.

A. *Actions pétitoires.* 1° Pour faire valoir son droit tant contre le propriétaire que contre toute autre personne, l'emphytéote a une *actio in rem* appelée *vectigalis actio* [26]. Elle est en tout conforme à l'action confessoire. L'action Publicienne est donnée à celui qui se trouve de bonne foi en possession d'un fonds sur lequel un non-propriétaire lui a constitué un droit d'emphytéose [27].

2° Pour défendre son droit libre contre l'usurpation de l'emphytéose, le propriétaire devrait, d'après les principes généraux, intenter l'action négatoire. Mais comme l'usurpation de l'emphytéose implique l'usurpation de la possession, on lui donne la revendication [28].

B. *Actions possessoires.* L'emphytéote, ayant la possession juri-

voir si les obligations résultant de l'emphytéose devaient être réglées d'après les principes du contrat de vente, ou d'après ceux du contrat de louage. « Lex Zenoniana lata est, quæ emphyteuseos contractui propriam statuit naturam, neque ad locationem, neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita obtinere, ac si naturalis esset contractus : sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc, si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum ; sin particularis, ad emphyteuticarium hujusmodi damnum venire. Quo jure utimur. » § 3, I., *de locat. et conduct.* 3, 24.

[25] Car la loi s'exprime d'une manière générale. L. 3, C., *de jure emphyteutico* 4, 66. — Les commentateurs désignent cette somme d'argent à payer au propriétaire par le nom de * *laudemium* *. — Les lois ne disent point par qui ce *laudemium* est dû; il paraît cependant qu'il faut accorder au propriétaire la faculté de l'exiger de l'acquéreur.

[26] Fr. 15, § 26, D., *de damno inf.* 39, 2. Elle est aussi appelée *utilis petitio* (Fr. 16, D., *de servit.* 8, 1), ou tout simplement *in rem actio.* Fr. 1, § 1, D., *si ager vectigalis* 6, 3. — Voyez aussi Fr. 66, pr. D., *de evict.* 21, 2.

[27] Fr. 12, § 2, D., *de Public. in rem act.* 6, 2.

[28] Voir ci-dessus § 201, note 60, et § 203, note 93.

dique du fonds, peut se servir des interdits ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [29].

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTABLIT.

§ 230.

L'emphytéose s'établit par convention ou par disposition de dernière volonté [30]. Il ne faut point de tradition, à moins qu'on ne veuille se servir de l'action Publicienne [31].

L'emphytéose peut-elle s'établir par prescription ? La prescription étant une institution du droit positif, on ne saurait l'appliquer que dans les cas où la loi l'admet expressément. Or, aucun passage du droit romain ne dit que l'emphytéose peut s'acquérir par prescription. Il y a d'ailleurs une raison qui parait s'opposer à l'usucapion de l'emphytéose, c'est que ce droit n'est pas susceptible de quasi-possession [32].

COMMENT L'EMPHYTÉOSE S'ÉTEINT.

§ 231.

Abstraction faite des causes d'extinction communes à tous les droits, l'emphytéose s'éteint : 1° par la perte totale du fonds emphytéotique [33]; 2° par la confusion, lorsque le propriétaire succède dans le droit de l'emphytéote ou *vice versâ;* il y a également confusion, lorsque l'emphytéote meurt sans héritiers et sans avoir disposé de son droit; 3° par le consentement mutuel du propriétaire et de l'emphytéote, mais l'emphytéote ne peut renoncer

[29] Voir ci-dessus § 173 et 174.

[30] L. 1, C., *de jure emphyteutico* 4, 66.

[31] La loi n'exige nulle part la tradition pour la constitution du droit d'emphytéose; bien au contraire, elle dit, que l'*actio in rem* compète aux fermiers emphytéotiques, dès que *fundum fruendo conduxerunt*. Fr. 1, § 1, D., *si ager vectig.* 6, 3.

[32] Le Fr. 12, § 2, D., *de Public. in rem act.* 6, 2 ne saurait être allégué en faveur de la prescription acquisitive; car, tout en appliquant à l'emphytéose l'action Publicienne, qui en général suppose *conditionem usucapiendi,* il dit clairement que c'est une exception. « In vectigalibus et in aliis prædiis, quæ *usu cap. non possunt,* Publiciana competit, si forte bona fide mihi tradita sunt. »

[33] L. 1, in f. C., *de jure emphyteutico* 4, 66.

à son droit sans l'agrément du propriétaire [34]; 4° par l'usucapion de la liberté du fonds, faite par le propriétaire ou par un tiers [35]. 5° Enfin dans certains cas le propriétaire peut priver l'emphytéote de son droit, notamment *a*) si ce dernier vend son droit sans en avertir le propriétaire [36]; *b*) s'il reste sans payer la rente pendant deux ans pour les biens de l'Église et pendant trois ans pour d'autres biens [37]; l'acceptation des rentes arriérées de la part du propriétaire implique renonciation à son droit de faire prononcer la déchéance; *c*) si l'emphytéote ne paye pas les contributions publiques pendant trois années consécutives [38]; *d*) s'il détériore considérablement le fonds emphytéotique [39]. La privation n'a cependant pas lieu de plein droit; le propriétaire doit la faire prononcer par l'autorité judiciaire [40].

TITRE QUATRIÈME.

DU DROIT DE SUPERFICIE [1].

§ 232.

Superficies est tout ce qui s'élève au-dessus du sol [2]. D'après les principes généraux, la superficie appartient au propriétaire [3]; mais, si elle se compose de bâtiments, le droit prétorien a admis qu'on

[34] L. 3, C., *de fund. patrimon.* 11, 65. — Arg. L. 5, C., *de obligat. et actionibus* 4, 10.
[35] Voyez ci-dessus § 222, note 87.
[36] L. 3, C., *de jure emphyteut.* 4, 66.
[37] L. 2, C., *eod.* — *Nov.* 7. cap. 3, § 2. — *Nov.* 120, cap. 8.
[38] L. 2, C., *eod.* — *Nov.* 7, cap. 3, § 2.
[39] *Nov.* 7, cap. 3, § 2. — *Nov.* 120, cap. 8.
[40] Arg. L. 2, C., *de jure emphyteut.*, 4, 66. « ... Volenti ei licere, eum a prædiis emphyteuticariis repellere. »
[1] Tit. D., *de superficiebus* 43, 18.
[2] Fr. 71, D., *de usufr.* 7. 1. — Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.
[3] Gaius, II, 73. — Fr. 50, D., *ad leg. Aquil.* 9, 2. — Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 2, D., *de superf.* 43, 18. — Fr. 44, § 1, D., *de oblig. et action.* 44, 7. — Fr. 98, § 8, D., *de solutionibus* 46, 3.

peut en accorder l'usage comme droit réel [4]. Dans ce cas, le propriétaire du fonds reste également propriétaire de la superficie; mais le superficiaire en a l'usage d'une manière aussi absolue que l'emphytéote l'a des terres labourables [5].

Le superficiaire a le droit d'user et de jouir de la superficie. Il transmet ce droit à ses héritiers; il peut en disposer comme bon lui semble, l'aliéner, l'hypothéquer, etc.; il peut grever le fonds de servitudes pour la durée de son bail [6].

Par contre, il est tenu des contributions et charges imposées au fonds et doit payer la rente convenue, *pensio* ou *solarium*, s'il en a été créé [7]. A la fin de son droit, il doit restituer le fonds dans l'état où il l'a reçu, et il est reponsable des détériorations survenues par sa faute [8].

Pour protéger son droit, le superficiaire a une *utilis in rem actio* contre quiconque lui conteste son *jus in re*. Il peut aussi se servir de l'action Publicienne [9]. — Il y a controverse sur la question de savoir si le superficiaire a la quasi-possession de son droit ou la vraie possession du fonds superficiaire [10]. Quoi qu'il en soit, nous trouvons un interdit particulier appelé *de superficiebus* [11].

[4] Fr. 1, § 1. 3-5. Fr. 2, D., *de superf.* 43, 18. — Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30). — Au reste il paraît que le droit de superficie ne doit pas être absolument restreint aux bâtiments. Arg. Fr. 13, pr. D., *de S. P. R.* 8, 3.

[5] Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30). — Les commentateurs ont aussi attribué au superficiaire une espèce de propriété, *dominium utile*. Mais cette théorie n'a pas plus de fondement pour la superficie que pour l'emphytéose. Voy. Fr. 18, § 4. Fr. 19, pr. D., *de damno inf.* 39, 2.—Fr. 1, § 1. 4, D., *de superf.* 43, 18. — Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30).

[6] Fr. 1, D., *de superf.* 43, 18.—Fr. 1, pr. D., *quib. mod. ususfr. amittatur* 7, 4. — Fr. 10, D., *fam. ercisc.* 10, 2. — Fr. 16, § 2, D., *de pignoratitia actione* 13, 7. — Fr. 13, § 3, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 32, D., *de contrah. emt.* 18, 1. — Fr. 86, § 4, D., *de leg. I* (30).

[7] Fr. 74, D., *de rei vind.* 6, 1. — Fr. 15, D., *qui potior. in pignor.* 20, 4. — Fr. 2, § 17, D., *ne quid in loco publ.* 43, 8. — L. 1, C., *de divers. prœd. urb.* 11, 69.

[8] Cela résulte des principes généraux et de l'analogie avec l'emphytéose. Voir ci-dessus § 228, n° 2.

[9] Fr. 73, § 1. Fr. 74. 75, D., *de rei vind.* 6, 1; Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7; Fr. 3, § 3, D., *de operis novi nunciat.* 39, 1; Fr. 1, pr. § 3. 6, D., *de superf.* 43, 18. — Fr. 12, § 3, D., *de Publ. in rem act.* 6, 2.

[10] Voyez M. Schilling, *Lehrbuch* § 134, note *e*, § 182, note *c* et *m*. — Fr. 1, § 5, D., *de vi et vi arm.* 43, 16. « Proinde et si superficiaria insula fuit, qua quis dejectus est, apparet, interdicto fore locum. »

[11] Tit. D., *de superficiebus* 43, 18.

Le droit de superficie s'établit et s'éteint de la même manière que l'emphytéose, sauf les causes de privation qui ne s'y appliquent pas [12].

TITRE CINQUIÈME.

DU GAGE ET DE L'HYPOTHÈQUE [1].

NATURE DES DROITS DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE.

Notion et introduction historique.

§ 233.

Le but du gage et de l'hypothèque est d'assurer l'exécution d'une obligation en donnant au créancier une garantie réelle par une chose appartenant au débiteur ou à tout autre. Pour obtenir cette garantie, les Romains employaient anciennement deux moyens qui différaient entre eux comme le droit et le fait, comme la propriété et la possession.

Le premier de ces moyens est en apparence le plus simple qu'on puisse imaginer. Le débiteur donnait au créancier une chose dont il lui transférait la propriété par *mancipatio* ou par *in jure cessio*. De cette manière, le créancier avait toutes les garanties possibles, pourvu que la valeur de la chose fût assez considérable. Le débiteur, à la vérité, perdait la chose; mais on avait l'habitude d'ajouter au transfert de propriété une convention particulière, *fiducia*, par laquelle le créancier s'engageait à remanciper ou à rétrocéder la chose dès que le débiteur aurait payé la

[12] La convention par laquelle on accordait un droit de superficie, était le contrat de vente, ou plus souvent le contrat de louage. Fr. 1, pr. § 1-3. Fr. 2. D., *de superf.* 43, 18. — Fr. 3, § 7, D., *uti possidetis* 43, 17. — Fr. 18, § 4. D., *de damno inf.* 39, 2.

[1] Dans cette matière nous avons souvent mis à profit, surtout pour les citations, le titre VI du premier livre de l'ouvrage de M. Schilling, intitulé : *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des Roemischen Privatrechts*, tome II. Ce titre, qui traite *du droit de gage et d'hypothèque*, a été traduit par M. Pellat, comme appendice à sa *Traduction du livre XX et du titre VII du livre XIII des Pandectes*. Paris, 1840.

dette pour la sûreté de laquelle elle avait été donnée [2]. Ordinairement on convenait aussi que le débiteur conserverait la possession et la jouissance de la chose [3]. De fait, l'effet de la cession était donc tout simplement de donner au créancier la revendication, sans lui attribuer les avantages matériels contenus dans le droit de propriété. C'est aussi dans ce sens que l'usage et la jurisprudence développèrent cette institution. Ainsi, en cas de non-payement, le créancier ne pouvait point garder la chose pour lui : il devait la vendre; et afin de prévenir toute fraude, il lui était défendu de l'acheter soit par lui-même soit par personnes interposées. Par contre, le débiteur pouvait céder son droit de *fiducia* et l'action qui y était attachée [4]. Même quand le créancier avait la possession et l'usage de la chose, il ne jouissait des fruits, du travail de l'esclave, etc., qu'à la charge de diminuer la dette en proportion de sa jouissance [5]. — Le payement de la dette ne faisait pas de plein droit retourner au débiteur la propriété de la chose engagée : il fallait pour cela une nouvelle acquisition de sa part. Cependant, s'il avait possédé la chose pendant un an, il en redevenait propriétaire par usucapion, bien que, d'après la rigueur du droit, il fût de mauvaise foi, *usureceptio* [6].

Le second moyen, appelé *pignus*, quoique ne conférant aucun droit réel au créancier, lui donnait cependant une grande sûreté

[2] GAIUS, II, 59. 60. « Sed cum fiducia contrahitur, aut cum creditore pignoris jure, aut cum amico, quod tutius nostræ res apud eum essent... » — ISIDORE, *Orig.* V, 25. « Fiducia est, cum res aliqua sumendæ mutuæ pecuniæ gratia vel mancipatur vel in jure ceditur. » — BOETHIUS, *ad Cic. Topica* 4. « Fiduciam vero accipit, cuicunque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet... Hæc mancipatio fiduciaria nominatur idcirco, quod restituendi fides interponitur. »

[3] Cela pouvait se faire soit gratuitement, *precario*, soit moyennant un loyer que le débiteur payait au créancier. GAIUS, II, 60, in f.

[4] PAUL, *S. R.*, II, 13, 3. « Debitor creditori fiduciam vendere non potest; sed aliis, si velit, vendere potest : ita ut ex pretio ejusdem pecuniam offerat creditori, atque ita remancipatam sibi rem emtori præstet. 4. Si per suppositam personam creditor pignus suum invito debitore comparaverit, emtio non videtur : et ideo quandoque lui potest. Ex hoc enim causa pignoris vel fiduciæ finiri non potest. 5. Si inter creditorem et debitorem convenerit, ut fiduciam sibi vendere non liceat, non solvente debitore, creditor denunciare ei solemniter potest, et distrahere : nec enim ex tali conventione fiduciæ actio nasci potest. »

[5] PAUL, *S. R.*, II, 13, 2. « Quidquid creditor per fiduciarium servum quæsivit, sortem debiti minuit. »

[6] GAIUS, II, 59-60. Voyez ci-dessus § 193, notes 40 et 41.

de fait. Le débiteur transférait au créancier la possession d'une chose et se mettait par là dans l'impossibilité physique d'en disposer. Le créancier comme possesseur était protégé par les interdits ordinaires [7]. Les parties pouvaient même convenir qu'il lui serait permis de vendre la chose en cas de non-payement et de se faire payer sur le prix de la vente [8]. Cependant cette convention ne lui donnait pas de droit réel; et s'il venait à perdre la possession, il n'avait à sa disposition que le moyen souvent insuffisant des interdits possessoires, qu'il ne pouvait diriger que contre l'auteur de la privation.

Outre ces deux institutions, nous trouvons encore une convention de garantie sous le nom d'*hypothèque*. Nous n'avons pas de renseignements très-précis sur la nature de cette institution [9]. Il parait que c'était une convention sans tradition, qui donnait au créancier le droit de saisir éventuellement une chose déterminée du débiteur [10].

§ 234.

D'après ce que nous venons de dire, on conçoit que le transfert avec *fiducia* avait particulièrement lieu à l'égard des immeubles, parce que les choses immobilières ne peuvent pas facilement être soustraites à la revendication du créancier. Par contre, le pignus ne pouvait guère s'appliquer qu'aux choses mobilières, parce que le créancier n'était suffisamment garanti que pour autant qu'il lui fût

[7] Isidore, *Orig.*, V, 25. « ... Pignus est, quod datur propter rem creditam : quæ dum redditur, statim pignus aufertur... Pignus est enim, quod propter rem creditam obligatur : cujus rei possessionem solam ad tempus consequitur creditor; ceterum dominium penes debitorem est. »

[8] Gaius, II, 64. « ... Item creditor pignus *ex pactione* (alienare potest) quamvis ejus ea res non sit; sed hoc forsitan ideo videatur fieri, quod voluntate debitoris intelligitur pignus alienari, qui olim pactus est, ut liceret creditori pignus vendere, si pecunia non solvatur. » Voyez aussi les passages suivants qui se rapportent évidemment au droit ancien. Fr. 6, § 8, D., *comm. dividundo* 10, 3. — Fr. 14, § 5, D., *de divers. temp. præsc.* 44, 3 et surtout le Fr. 73, D., *de furtis* 47, 2.

[9] D'après Cic., *epist. ad fam.* XIII, 6, où se trouve la première mention de l'*hypotheca*, on serait tenté de croire que cette institution est d'origine grecque, comme son nom semble d'ailleurs l'indiquer.

[10] Isidore, *Orig.*, V, 25. « Hypotheca est, cum res aliqua commodatur sine depositione pignoris, pacto vel cautione sola interveniente. »

possible de tenir la chose sous sa surveillance personnelle [11]. Mais l'un et l'autre mode présentaient de graves inconvénients. La *fiducia* mettait ordinairement le débiteur à la merci du créancier ; le *pignus* ne donnait qu'une garantie de fait qui devenait souvent illusoire quand le créancier avait perdu la possession de la chose engagée.

Il était donc naturel que le besoin se fît sentir d'avoir un moyen qui, sans exiger les formalités de la cession, et sans priver le débiteur de sa propriété, donnât au créancier un droit réel sur la chose engagée, en vertu duquel il pût la poursuivre partout où il la trouverait. Ce moyen fut imaginé par le préteur Servius pour le cas suivant : Le bailleur d'une ferme exigeait ordinairement une garantie pour le payement du loyer ; or le fermier, n'ayant pas d'immeuble, ne pouvait point donner de *fiducia*. Il avait bien des meubles, savoir ceux destinés à l'exploitation de la ferme et les fruits qu'il recueillait annuellement ; mais il ne pouvait point les donner comme *pignus*, c'est-à-dire en accorder la possession au bailleur, sans se mettre dans l'impossibilité de cultiver la ferme. Le préteur Servius remplit cette lacune en accordant à la simple hypothèque constituée sur les meubles et les fruits du bailleur une *in rem actio* au moyen de laquelle le bailleur pouvait poursuivre ces choses partout où elles se trouvaient, afin de les vendre et de se faire payer sur le produit de la vente [12].

Le principe de cette action, *actio Serviana,* fut par la suite étendu à d'autres cas comme *actio quasi-Serviana*. Il finit par supplanter entièrement la *fiducia* et par être appliqué à l'ancien *pignus* [13].

Dans le droit nouveau les mots *pignus* et *hypotheca* servent indistinctement à désigner le *jus in re* en vertu duquel le créancier

[11] § 7, I., *de action.* 4, 6. — Fr. 9, § 2. Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 238, § 2, D., *de verb. sign.* 50, 16. « Pignus appellatum a *pugno,* quia res quæ pignori dantur, manu traduntur : unde etiam videri potest, verum esse quod quidem putant, pignus proprie rei mobilis constitui. » — Cependant on pouvait accorder un *pignus* sur des choses immobilières. Fr. 11, § 1. Fr. 31, D., *de pignor.* 20, 1, et rien n'empêchait de donner en *fiducia* une chose mobilière. PAUL, *S. R.,* II, 13, 2.

[12] Voyez ci-après § 246. Il n'est guère probable que l'auteur de cette action soit le célèbre Servius Sulpicius, contemporain de Cicéron (ci-dessus § 46, note 82 ; car il résulte de CIC., *pro Murena* 20, que Sulpicius comme préteur, n'était point chargé de l'administration générale de la justice, mais spécialement de la présidence de la *quæstio peculatus.* Voyez SCHILLING, *Lehrbuch* § 218, note *d.* (§ 15, note 4 de la traduction de M. PELLAT.)

[13] Tit. D., *de pignoribus et hypothecis, et qualiter ea contrahantur, et de pactis eorum* 20, 1. — Tit. C., *de pignoribus et hypothecis* 8, 14.

peut poursuivre, partout où il la trouve, la chose sur laquelle le droit est établi afin de la vendre et de se faire payer sur le prix. Dans un sens plus restreint le mot *pignus* ne s'emploie, à la vérité, que lorsque le créancier a la possession de la chose donnée en garantie, tandis que l'*hypothèque* proprement dite ne suppose point cette possession. Mais cette différence n'influe en rien sur la nature du droit réel, qui est la même dans l'un et l'autre cas [14]. Pour désigner le rapport dans lequel se trouve la chose sur laquelle le droit d'hypothèque est établi, les Romains se servent des termes *rem obligare* ou *obstringere, rem in obligationem deducere* ou *dare, rem pignori obligare* ou *dare,* etc. [15].

Le droit de *pignus* est déclaré indivisible. En effet, comme dans la plupart des cas c'est sur des choses indivisibles qu'il est établi, il eût été difficile, pour ne pas dire impossible, de le diviser, bien que la dette pour la sûreté de laquelle il est constitué soit ordinairement divisible [16].

§ 235. *Conditions requises pour l'existence du pignus.*

Le droit de *pignus* suppose nécessairement 1° une dette pour la sûreté de laquelle le droit est constitué 2° une chose propre à être donnée en gage ou grevée d'hypothèque.

1° *Une dette.* Le droit de *pignus* est de sa nature un droit accessoire et ne peut avoir lieu que pour autant qu'il garantisse l'exécution d'une obligation. Il importe peu que l'obligation ait reçu la sanction civile : une simple obligation naturelle peut servir de base à un droit de *pignus,* pourvu que la loi ne la réprouve pas expressément [17]. Il n'est pas nécessaire que l'obligation soit pré-

[14] § 7, I., *de action.* 4, 6. « Inter pignus autem et hypothecam, quantum ad actionem hypothecariam, nihil interest; nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. Sed in aliis differentia est : nam *pignoris* appellatione eam proprie contineri dicimus, quæ simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit; at eam, quæ sine traditione nuda conventione tenetur, proprie *hypothecæ* appellatione contineri dicimus. » — Fr. 5, § 1, D., *de pignor.* 20, 1. « Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt. » — Nous aurons cependant à signaler un cas, dans lequel le *pignus* peut être plus avantageux que l'hypothèque. Voy. ci-après § 242, note 6.

[15] Voyez M. Schilling, *Lehrbuch* § 204, note *i* (§ 1, note 9 de la traduction de M. Pellat).

[16] Fr. 65, D., *de evictionibus* 21, 2.

[17] Fr. 5, D., *de pignoribus* 20, 1. « Res hypothecæ dari posse sciendum est pro quacunque obligatione, sive mutua pecunia detur, sive dos, sive emtio vel

sente : elle peut être future ou même conditionnelle. Dans ce dernier cas, l'hypothèque n'existera, à la vérité, qu'au moment où la condition, dont la dette dépend, viendra à s'accomplir; mais elle aura un effet rétroactif au jour de la convention hypothécaire [18]. On peut également établir sur sa chose un droit de *pignus* pour la dette d'un autre [19].

2° *Une chose propre.* Il faut d'abord que la chose soit dans le commerce et puisse être aliénée, puisque le droit de *pignus* peut éventuellement donner droit à une aliénation [20]. Pour hypothéquer ou engager une chose, il faut en être propriétaire. L'engagement de la chose d'autrui est nul, mais il peut devenir valable par le consentement ou la ratification du propriétaire [21]. On peut cependant engager la chose d'autrui pour le cas où l'on en deviendrait propriétaire [22]. Si quelqu'un engage la chose d'autrui croyant en

venditio contrahatur, vel etiam locatio conductio, vel mandatum, et sive in præsenti contractu, sive etiam præcedat. Sed et futuræ obligationis nomine dari possunt, et non solum solvendæ omnis pecuniæ causa, verum etiam de parte ejus, et vel pro civili obligatione, vel tantum naturali. Sed et in conditionali obligatione non alias obligantur, nisi conditio exstiterit. » — Des exemples d'obligations réprouvées se trouvent Fr. 11, § 3, in f. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 25, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 2, D., *quæ res pignori.* 20, 3. — Arg. Fr. 129, § 1, D., *de reg. jur.* 50, 17. « Cum principalis causa non consistit, nec ea quæ sequuntur, locum habent. »

[18] Fr. 9, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. — Fr. 9, § 1. 2, D., *eod.* « Amplius etiam sub conditione creditorem tuendum putabat adversus eum, cui postea quidquam deberi cœperit, *si modo non ea conditio sit, quæ invito debitore impleri non possit.* § 2. Sed et si heres ob ea legata, quæ sub conditione data erant, de pignore rei suæ convenisset, et postea eadem ipsa pignora ob pecuniam creditam pignori dedit, ac post conditio legatorum exstitit, hic quoque tuendum eum, cui prius pignus datum esset, existimavit. » — Fr. 11, § 1, D., *eod.* — Ajoutez à ces passages le Fr. 11, pr. D., *eod.* et Fr. 4, D., *quæ res pign.* 20, 3.

[19] Fr. 5, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1.

[20] Paul, *S. R.*, V, 1, 1. — Fr. 1, § 2. Fr. 5. Fr. 9, § 1, D., *quæ res pignori vel hypothecæ datæ obligari non possunt* 20, 3. — L. 21, C., *de sacros. ecclesiis* 1, 2, etc. — Au reste il est indifférent, que le créancier *personnellement* soit incapable d'acquérir la chose, sur laquelle l'hypothèque doit être constituée. Fr. 24, D., *de pign.* 20, 1. « In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur. »

[21] Fr. 2. 20, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 4, § 3, D., *de in diem addictione* 18, 2. — Fr. 16, § 1. Fr. 26, § 1, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 5, § 2, D., *in quib. caus. pign. tac. contrah.* 20, 2.—L. 2. 4. 6, C., *si aliena res pign. data sit* 8, 16.

[22] Fr. 16, § 7, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 3, § 1. Fr. 7, § 1, D., *qui potior.*

être propriétaire, il n'y a pas de véritable *pignus*, quand même par la suite il viendrait à en acquérir la propriété. Toutefois dans ce cas on donne au créancier de bonne foi les actions hypothécaires utiles [23]. L'engagement de la chose du créancier, étant contraire à l'essence du droit même, est radicalement nul, et ne peut jamais devenir valable [24]. — Le *pignus*, constituant un *jus in re*, ne peut à la rigueur être établi que sur une chose corporelle. Cependant comme le but pratique de ce droit est de donner au créancier une garantie efficace par la vente de la chose engagée, on l'a également appliqué aux choses incorporelles susceptibles d'être aliénées moyennant un prix d'argent. Ainsi le copropriétaire peut engager son droit indivis [25]; l'emphytéote et le superficiaire peuvent hypothéquer leurs droits réels [26]; l'usufruitier peut engager l'exercice de son usufruit [27]. Les servitudes prédiales ne peuvent à la vérité être engagées sans le fonds dominant; mais un débiteur peut constituer comme *pignus*

in pign. 20, 4. C'est à tort que l'on considère pareille convention comme étant faite sous condition suspensive. Voir ci-après § 236, note 43.

[23] Fr. 41, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Rem alienam pignori dedisti, deinde dominus esse ejus rei cœpisti; datur utilis actio pignoratitia creditori... » L. 5, C., *si aliena res.* 8, 16. « Cum res, quæ necdum in bonis creditoris est, pignori data ab eo postea in bonis ejus esse incipiat, ordinariam quidem actionem super pignore non competere manifestum est, sed tamen æquitatem facere, ut facile utilis persecutio exemplo pignoratitiæ detur. » — Fr. 1, pr. D., *de pign.* 20. 1. « ... In speciem autem alienæ rei collata conventione, si non fuit ei, qui pignus dabat, debita, postea debitori dominio quæsito, *difficilius creditori, qui non ignoravit alienum, utilis actio dabitur;* sed facilior erit possidenti retentio. » — Quid, si le véritable propriétaire devient par la suite héritier de celui qui avait hypothéqué la chose? l'hypothèque sera-t-elle valable? Non, d'après Paul, Fr. 41. *verb.* Non est idem D., *de pignorat. act.* 13, 7. Oui, d'après Modestin, Fr. 22, D., *de pignor.* 20, 1. La dernière opinion, comme étant plus conforme à l'équité, doit être préférée, d'autant plus, que le principe sur lequel elle repose est formellement reconnu dans l'*exceptio rei venditæ et traditæ.* Fr. 1, § 1, D., *de except. rei vend.* 21, 3.

[24] Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 30, in f. D., *de except. rei judicatæ* 44, 2. — Fr. 45, pr. D., *de reg. jur.* 50, 17. « Neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emtio, neque locatio rei suæ consistere potest. »

[25] Fr. 7, § 4, D., *quib. mod. pign. solv.* 20, 6. — Fr. 6, § 8. 9, D., *comm. divid.* 10, 3. — L. 2, C., *eod.* 3, 37. — L. un. C., *si comm. res pign. data sit.* 8, 21.

[26] Fr. 16, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 3. Fr. 31, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 15, D., *qui potiores in pign.* 20, 4.

[27] Fr. 11, § 2. Fr. 15, pr. D., *de pignoribus* 20, 1.

une servitude rurale en faveur du fonds de son créancier. Pareille constitution est également admise pour les servitudes personnelles, mais non pas à l'égard des servitudes prédiales urbaines [28]. — Nous pouvons même engager ou hypothéquer un droit de *pignus* qui nous compète, *pignus pignori datum*, ce qui donne à notre créancier le droit de faire valoir le *pignus* en notre nom [29].

On est allé plus loin en appliquant l'hypothèque à une classe de droits qui exclut toute idée de droit réel : on a admis l'engagement d'une obligation, *pignus nominis*. La constitution de gage ou d'hypothèque sur une obligation donne le droit de vendre la créance et de se faire payer sur le prix de vente, ou bien d'exiger l'exécution de l'obligation à la place du créancier originaire et de garder comme gage la chose qui faisait l'objet de l'obligation [30].

De ce qui précède, il résulte que le droit de *pignus* peut être établi sur presque tous les droits qui font partie de notre patrimoine. Dès lors rien ne s'oppose à ce qu'on engage un ensemble de choses ou de droits, même un patrimoine entier. L'hypothèque qui frappe un patrimoine entier s'appelle *hypothèque générale* en opposition à toute autre, appelée *hypothèque spéciale*, qu'elle comprenne une chose particulière ou plusieurs choses ou même une universalité autre qu'un patrimoine entier [31]. L'hypothèque générale frappe tous les biens du débiteur, les biens présents et les biens

[28] Les dispositions légales sur cette matière ne laissent pas que de présenter des difficultés. Fr. 11, § 2, D., *de pignoribus* 20, 1. — Fr. 11, § 3, D., *eod.* « ... Jura prædiorum urbanorum pignori dari non possunt. Ideo nec convenire possunt, ut hypothecæ sint. » — Fr. 12, D., *eod.* « Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio locum habeat, videndum esse Pomponius ait ; ut talis pactio fiat, *ut quamdiu pecunia soluta non sit, eis servitutibus creditor utatur*, scilicet si vicinum fundum habeat : et si intra diem certum pecunia soluta non sit, vendere eas vicino liceat. Quæ sententia propter utilitatem contrahentium admittenda est. »

[29] Voir ci-après § 245.

[30] L'effet de l'engagement d'une créance est décrit dans les passages suiv. Fr. 18, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 2. Fr. 20, D., *de pign.* 20, 1.—L. 4, C., *quæ res pign.* 8, 17. — Les Fr. 15, § 8. 10, D., *de re judic.* 42, 1 et L. 7, C., *de heredit. vel act. vend.* 4, 39 traitent de la saisie d'une créance, faite en exécution d'un jugement.

[31] C'est du moins dans ce sens que nous devons employer ces termes, si nous voulons leur donner une valeur technique. — L. 9, C., *quæ res pign.* 8, 17. Dans nos sources nous trouvons, pour désigner une hypothèque générale, les termes suivants : *Omnia bona quæ habet, quæque habiturus est, obligare ; uni-*

à venir [32], excepté ceux qu'il n'est pas vraisemblable que le débiteur eût hypothéqués spécialement, par exemple les objets nécessaires à la vie, les habillements, etc. [33] Les choses dont le débiteur est propriétaire au moment de la constitution de l'hypothèque restent donc toujours grevées quand même elles passeraient en d'autres mains, car l'hypothèque est un droit inhérent à la chose [34]. De plus, en cas de vente de choses qui font partie du patrimoine, l'hypothèque vient également frapper le prix de vente qui entre dans le patrimoine.

Cette même règle doit être appliquée aux autres *universitates rerum*. En effet, si j'ai constitué un droit d'hypothèque sur mon troupeau, il est évident que toutes les têtes qui composent le troupeau sont frappées d'hypothèque, et qu'elles le resteront en quelques mains qu'elles passent. De plus la loi déclare expressément que les têtes nouvelles qui remplacent des animaux morts seront également soumises à l'engagement [35]. Il n'y a qu'une exception à cette règle en faveur des *universitates* qui supposent nécessairement des opérations continuelles d'achat et de vente, par exemple un magasin. Les objets qui sortent du magasin deviennent libres, ceux qui y entrent sont soumis à l'hypothèque; en d'autres termes, l'objet de l'hypothèque est l'*universitas* telle qu'elle se trouve au moment où le créancier veut poursuivre son droit [36]. C'est à tort

versa bona generaliter pignori accipere, etc. — Voyez M. Schilling, *Lehrbuch*, tome II, § 207, note *d*. (§ 4, note 4 de la traduction de M. Pellat).

[32] Originairement on avait l'habitude de convenir expressément que les biens futurs seraient frappés de l'hypothèque, Paul, *S. R.*, V, 6, 16. — Fr. 15, § 1. Fr. 34, § 2, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 21, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. Mais Justinien déclare dans la L. 9, C., *quæ res pign.* 8, 17, que la mention des biens à venir est complétement inutile.

[33] Paul, *S. R.*, V, 6, 16. — Fr. 6-9, D., *de pign.* 20, 1. — Fr. 1, C., *quæ res pign.* 8, 17.

[34] Fr. 15, § 1, D., *de pign.* 20, 1; Fr. 1, D., *de distract. pign.* 20, 5; Fr. 47. pr. D., *de jure fisci* 49, 14; L. 8, in f. C., *de secund. nupt.* 5, 9; L. 2, C., *de pign.* 8, 14; L. 17, C., *de distract. pign.* 8, 28; L. 6, C., *de privil. fisci* 7, 73. — Exception en faveur de l'affranchissement d'un esclave fait sans intention frauduleuse. Fr. 29, pr. D., *qui et a quib. manumissi.* 40, 9.—L. 2. 3, C., *de servo pign. dato* 7, 8. — Une disposition tout à fait particulière se trouve L. 11, C., *de remiss. pign.* 8, 26.

[35] Fr. 13, pr. D., *de pign.* 20, 1. « Grege pignori obligato quæ postea nascuntur, tenentur. Sed et si prioribus capitibus decedentibus totus grex fuerit renovatus, pignori tenebitur. » Toutefois cette règle ne s'applique qu'aux *universitates* composées d'objets homogènes. Arg. Fr. 26, § 2, D., *de pign.* 20, 1.

[36] Fr. 34, pr. D., *de pign.* 20, 1. « Cum tabernam debitor creditori pignori

que quelques auteurs étendent cette règle à toutes les *universitates* [37].

COMMENT LE DROIT DE GAGE ET D'HYPOTHÈQUE S'ÉTABLIT.

§ 236. I. *Par convention et par disposition de dernière volonté.*

On peut assurer à un créancier le payement de sa créance en lui léguant un droit de gage ou d'hypothèque sur une chose quelconque ou sur toute la succession [38].

De même on peut par convention constituer un *pignus* sur sa chose pour assurer le payement de sa dette ou de la dette d'un autre. A cet effet la simple convention suffit, la tradition de la chose engagée n'est point nécessaire [39]. Si le débiteur met le créancier en possession de la chose, il établit un droit de gage, *pignus* proprement dit. La tradition ne donne au créancier qu'une plus grande sûreté de fait : car en droit le créancier gagiste n'a point de préférence sur le créancier hypothécaire [40].

Pour établir un droit de gage ou d'hypothèque, il faut naturellement la réunion des deux conditions exposées au paragraphe précédent. L'existence de ces deux éléments jointe à l'acte de constitution détermine l'époque à laquelle le droit commence à exister. Ainsi un droit de *pignus* convenu pour une dette actuelle prend naissance au moment de la convention conclue,

dederit, quæsitum est, utrum eo facto nihil egerit, an tabernæ appellatione merces, quæ in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces tempore distraxerit et alias comparaverit, easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia, quæ ibi deprehenduntur, creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatæ sint, et res aliæ illatæ? Respondit : ea quæ mortis tempore in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur. » — Le Fr. 9, D., *in quib. causis pign.* 20, 2, n'offre aucune analogie avec le cas précédent. L'affranchissement dont il est question dans ce passage doit être considéré comme étant fait en fraude du créancier. Voy. ci-dessus note 34 vers la fin.

[37] Voir ci-dessus § 116 vers la fin.

[38] ULPIEN, Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Non est mirum, si ex quacunque causa magistratus in possessionem aliquem miserit, pignus constitui, cum testamento quoque pignus constitui posse, Imperator noster cum patre sæpissime rescripsit. » Les empereurs mentionnés dans ce Fr. sont Septime Sevère et son fils, Antonin Caracalla. — Pour les détails sur l'hypothèque testamentaire, voyez ci-après liv. V.

[39] § 7, I., *de act.* 4, 6. — Fr. 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 4, D., *de pignor.* 20, 1.

[40] Voir ci-dessus § 234, note 14 et ci-après § 242, note 6.

pourvu que la chose soit propre à être grevée d'hypothèque [41]. Il en est de même de l'hypothèque consentie pour une dette à terme, puisque le terme ne suspend pas le droit de l'obligation. Si la dette estc onditionnelle, le droit d'hypothèque n'aura d'existence que pour autant que la condition s'accomplisse ; mais en cas d'accomplissement de la condition il aura un effet rétroactif au moment de la convention [42]. Il en est de même si les parties ont fait dépendre l'existence de l'hypothèque d'une condition [43].

§ 237. II. *Par l'autorité judiciaire.*

Nous avons à distinguer deux cas : A) le *pignus prætorium*. Le préteur, afin de contraindre le débiteur récalcitrant, pouvait envoyer le créancier en possession, soit d'une chose déterminée, soit de tous les biens du débiteur (§ 154). Pareil envoi, *missio in possessionem*, donnait à celui qui l'avait obtenu un droit de gage [44]. Il est douteux, pour l'ancien droit, s'il donnait une *in rem actio*. Justinien s'est décidé pour l'affirmative [45]. Au reste le droit de gage ne commence qu'à partir de la prise de possession [46]. — Depuis l'abolition de l'*ordo judiciorum*, le pou-

[41] Fr. 1, pr. Fr. 11, pr. D., *qui potior. in pign.* 20, 4. — Même dans le *pignus* proprement dit, le *jus in re* commence au moment de la convention, bien que la tradition de la chose n'ait pas encore eu lieu. Fr. 12, § 10, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. « Si priori hypotheca obligata sit, nihil vero de venditione convenerit, posterior vero de hypotheca vendenda convenerit, verius est, priorem potiorem esse : nam et in pignore placet, si prior convenerit de pignore, licet posteriori res tradatur, adhuc potiorem esse priorem. » — C'est dans ce sens aussi qu'il faut entendre le Fr. 1, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[42] Voir ci-dessus § 235, note 18.

[43] Le Fr. 7, § 1, D., *qui pot. in pign.* 20, 4, n'est pas contraire, car la clause « si in dominium meum pervenerit, » n'est point une condition.

[44] Fr. 26, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 3, § 1, D., *de reb. eor. qui sub tutela.* 27, 9. — Fr. 12, D., *pro emtore* 41, 4. — Tit. C., *de prætorio pignore* 8, 22.

[45] L. 2, C., *de prætor. pign.* 8, 22.

[46] Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Sciendum est, ubi jussu magistratus pignus constituitur, non alias constitui, nisi ventum fuerit in possessionem. » — Il est cependant à remarquer que dans les gages prétoriens la priorité ne donne pas *toujours* un droit de préférence. Fr. 5, § 3, D., *ut in possess. legat.* 36, 4. « Qui prior missus est legatarius in possessionem, non præfertur ei qui postea mittitur ; inter legatarios enim nullum ordinem observamus, sed simul omnes æqualiter tuemur. »

voir d'envoyer en possession est accordé à tous les juges [47].

B) *Pignus judiciale,* espèce de saisie-exécution. La loi des XII Tables avait, pour certains cas, introduit une *legis actio,* appelée *pignoris capio,* dont le but était d'obtenir exécution d'une obligation par la saisie des effets du débiteur (§ 129, n° 5). Cette saisie, qui se faisait extrajudiciairement, finit par tomber en désuétude; mais nous trouvons la *pignoris capio* employée comme un moyen de contrainte par les magistrats de la république et des premiers temps de l'empire [48]. Enfin Antonin le Pieux permit d'une manière générale d'exécuter les jugements au moyen de la saisie des effets mobiliers et même des immeubles du défendeur condamné [49]. Le droit de gage qui résulte d'une pareille saisie, *pignus ex causa judicati captum,* commence à partir du moment où la saisie a été effectuée [50]. Les lois contiennent des dispositions particulières sur la marche à suivre tant dans la saisie, que dans la vente des objets saisis [51].

§ 238. III. *Par disposition légale. Hypothèques tacites ou légales* [52].

Dans certains cas la loi accorde une hypothèque au créancier, sans qu'il ait besoin de se la faire consentir. Les Romains disent

[47] L. 1. 2, C., *de præt. pign.* 8, 22. « Quicunque judices... Quod a judicibus datur et prætorium nuncupatur. » Ces deux constitutions sont de Justinien.

[48] Cicéron, *Philipp.* I, 5; *de orat.* III, 1. — Tite-Live, III, 38. — Tacite, *Ann.* XIII, 28. — § 3, I., *de satisdat. tut.* 1, 24. — Fr. 1, § 3, D., *de inspic. ventre* 25, 4. — Fr. 9. § ult. D., *ad legem Jul. peculat.* 48, 13. — M. Schilling, *Lehrbuch,* § 211, note *f.* (§ 8, note 6 de la traduction de M. Pellat).

[49] Fr. 15, pr. D., *de re judic.* 42, 1. « A Divo Pio rescriptum est, magistratus populi Romani ut judicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exequantur hi, qui eos dederunt... » Fr. 31, D., *eod.* « ... Cassio proconsuli Divus Pius in hæc verba rescripsit : His, qui fatebuntur debere, aut ex re judicata necesse habebunt reddere, tempus ad solvendum detur, quod sufficere pro facultate cujusque videbitur : eorum, qui intra diem vel ab initio datum, vel ex ea causa postea prorogatum sibi non reddiderint, pignora capi : eaque, si intra duos menses non solverint, vendantur; si quid ex pretiis supersit, reddatur ei, cujus pignora vendita erunt. »

[50] Fr. 10, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. — Fr. 61, D., *de re judic.* 42, 1; Fr. 26, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[51] Fr. 15, D., *de re judic.* 42, 1. — Tit. C., *si in causa judicati pignus captum sit.* 8, 23.

[52] Tit. D., *in quibus causis pignus vel hypotheca tacite contrahitur* 20, 2. — Tit. C., *eod.* 8, 15. — Il y a dans cette matière plusieurs controverses, qui ne manquent pas d'une certaine importance pratique, mais dont l'examen n'offre

alors qu'elle s'établit tacitement, *tacite contrahitur* [53]. Les modernes désignent ces cas par le nom d'*hypothèque légale*. Le droit prend naissance au moment où les conditions requises et les relations auxquelles la loi attache l'hypothèque se trouvent réunies [54].

L'hypothèque légale peut frapper soit une ou plusieurs choses déterminées, soit tout le patrimoine du débiteur. Ce n'est que depuis Caracalla que nous trouvons des hypothèques tacites générales.

A. Hypothèques spéciales. 1° La loi accorde une hypothèque au bailleur d'un *prædium rusticum* sur les fruits de l'immeuble [55], et au bailleur d'un *prædium urbanum* sur les choses que le locataire a apportées pour s'en servir d'après le but de la location, *invecta et illata* [56]. Ces hypothèques sont données pour sûreté des obligations qui résultent du louage. Elles commencent, pour les fruits, au jour où le fermier les a perçus, et pour les meubles du *prædium urbanum*, au moment où ils ont été introduits dans la maison [57]. —2° Celui qui a prêté de l'argent pour la reconstruction d'une maison a un droit d'hypothèque pour cet argent sur la maison et même sur l'emplacement où la maison est bâtie, *pignus insulæ* [58]. — 3° Les pupilles ont une hypothèque tacite sur les choses achetées de leur argent par le tuteur ou par un tiers non autorisé [59]. —4° Les légataires

guère d'utilité pour la théorie du droit romain. On peut consulter à cet égard Voet, *Comment. ad Pand.* L. XX, tit. 2.—Muhlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, § 308-312. — Schilling, *Lehrbuch*, § 212-213. (§ 9. 10 de la traduction de M. Pellat).

[53] Les jurisconsultes et les empereurs donnent comme motif de ces hypothèques tacites l'intention présumée des parties contractantes. Fr. 3. 4, pr. Fr. 6. 7, pr. D., *in quib. caus. pign.* 20, 2. — L. 3. 7, C., *eod.* 8, 15. — Toutefois il serait dangereux de tirer des conséquences pratiques de cette fiction.

[54] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui pot. in pign.* 20, 4. — L. 6, in f. C., *de bonis quæ liberis.* 6, 61.

[55] Fr. 7, pr. D., *in quib. caus. pign.* 20, 2. — Fr. 24, § 1. Fr. 53, D., *locati* 19, 2.

[56] Fr. 4, pr. D., *de pactis* 2, 14. — Fr. 2. 3. 4. 6. Fr. 7, § 1, D., *in quib. caus. pign.* 20, 2. — Fr. 32, D., *de pign.* 20, 1.

[57] Arg. Fr. 11, § 2, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. — L. 5, C., *in quib. caus. pign.* 8, 15.

[58] Fr. 1, D., *in quib. caus. pign.* 20, 2. « Senatusconsulto quod sub Marco imperatore factum est, pignus insulæ creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem ædificii restruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori, domino mandante, nummos ministravit. » —Fr. 21, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[59] Fr. 5. 6. 7, pr. D., *qui potiores in pign.* 20, 4. — Fr. 3, pr. D., *de rebus*

et fidéicommissaires ont un droit d'hypothèque sur la part de la succession qui revient à celui qui est chargé d'acquitter le legs ou le fidéicommis [60].

B. Hypothèques générales. La loi accorde une hypothèque générale 1° Au fisc pour toutes les dettes contractées envers lui, excepté pour celles résultant d'un délit [61]. — 2° Aux pupilles et mineurs sur tous les biens de leurs tuteurs ou curateurs pour la gestion de la tutelle ou de la curatelle. Cette hypothèque prend naissance au moment où l'administration de ces derniers a commencé ou aurait dû commencer [62]. Justinien a étendu ce bénéfice aux furieux qui se trouvent sous curatelle [63].— 3° A la femme pour la restitution de la dot, sur tous les biens du mari y compris les choses dotales ou même sur les biens du beau-père quand c'est lui qui est obligé de restituer pour la dot [64]. Elle a également une hypothèque générale pour la sûreté des choses non dotales si elle en a confié l'administration au mari [65], ainsi que pour l'exécution de la *donatio propter nuptias* [66]. Ce droit, en ce qui concerne la restitution de la dot, commence au jour de la célébration du mariage, ou au moment où la dot a été constituée si elle ne l'a pas été avant le mariage [67]. Il compète non-seulement à la femme, mais aussi à ses héritiers [68]. — 4° Au mari, pour obtenir la

cor. qui sub tut. 27, 9. — L. 6, C., *de servo pign. dato* 7, 8. Voyez aussi ci-dessus § 201, note 56.

[60] L. 1, C., *comm. de leg.* 6, 43. — *Nov.* 108, C. 2. Voyez au reste ci-après livre V.

[61] Fr. 6, § 1. Fr. 46, § 3. Fr. 47, pr. D., *de jure fisci.* 49, 14. — Fr. 5, § 2, D., *de censibus* 50, 15.—L. 1, C., *si propt. publ. pensit.* 4, 46.—L. 1. 2, C., *in quib. caus. pign.* 8, 15. (ANTONINUS CARACALLA). — L. 2. 3, C., *de privileg. fisci* 7, 73. — L. 2, C., *de servo pign. dato* 7, 8. — Fr. 10, pr. D., *de pactis* 2, 14. « Fiscum quoque in his casibus, in quibus hypothecam non habet... » Fr. 17, D., *de jure fisci* 49, 14. « In summa sciendum est, omnem fiscalium pœnarum petitionem creditoribus postponi. » — Ajoutez Fr. 37, D., *eod.* et L., un. C., *pœnis fiscalibus creditores præferri* 10, 7.

[62] L. 20, C., *de administ. tut.* 5, 37 (CONSTANTINUS). Pour les détails voyez ci-après livre IV, titre III.

[63] L. 7, § 5. 6, D., *de curat. furiosi* 6, 75.

[64] § 29, I., *de action.* 4, 6. — L. 30, C., *de jure dotium* 5, 12. — L. un. § 1, C., *de rei uxor. act.* 5, 13. Voir ci-après liv. IV, titre I.

[65] L. 11, C., *de pactis conventis.* 5, 14.

[66] L. 29, C., *de jure dotium* 5, 12. — L. 12, § 2, C., *qui potior. in pignore.* 8, 18. — *Nov.* 109, c. 1.

[67] Arg. Fr. 1, pr. D., *qui potior. in pign.* 20, 4.

[68] Même à toute personne qui peut demander la restitution de la dot, par-

dot qui doit lui être fournie, sur tous les biens de celui qui est obligé de la fournir [69].—5° Aux enfants sur les biens de leur père ou de leur mère, pour garantie des droits qui leur reviennent du chef du mariage de leurs parents, *lucra nuptialia* [70]; ainsi que sur le patrimoine du père, pour la sûreté des biens qui leur sont venus de leur mère ou de leurs ascendants maternels, si le père en a l'administration [71].—6° A l'église sur les biens de l'emphytéote pour les détériorations du fonds emphytéotique [72].—7° Enfin si un époux a laissé un legs au conjoint survivant sous condition de ne pas se remarier, l'héritier a une hypothèque légale sur les biens du survivant pour assurer la restitution des choses léguées, au cas que celui-ci se remarierait [73].

EFFETS DU DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE.

§ 239. *Observations générales.*

Le droit de gage ou d'hypothèque confère au créancier le pouvoir de faire vendre éventuellement la chose engagée ou hypothéquée, et de se faire payer sur le prix. Cette vente amène la perte du droit de propriété qui compétait au débiteur [74]: mais tant qu'elle n'a pas eu lieu, celui-ci conserve sa propriété, bien qu'elle soit restreinte sous quelques rapports. — Cependant le droit d'hypothèque ne se présente pas toujours d'une manière aussi simple. Il peut se faire, qu'une chose soit grevée de plusieurs hypothèques à la fois; ce concours donnera éventuellement lieu à un conflit qui nécessite des règles positives d'après lesquelles les divers créanciers doivent exercer leurs droits. — Nous aurons donc à examiner 1° quels sont les droits que le débiteur conserve sur la chose hypothéquée (§ 140), 2° quels sont en général les droits que la constitution d'hypothèque confère au créancier (§ 241), 3° d'après quelles règles

ticulièrement au père de la femme. L. un. § 1, C., *de rei uxor. act.* 5, 13.

[69] L. un. § 1, C., *de rei uxor. act.* 5, 13.

[70] L. 6, § 2. L. 8, § 4, C., *de secundis nuptiis* 5, 9.—Voir ci-après livre IV, titre I.

[71] L. 8, § 5, C., *de secundis nuptiis* 5, 9. — L. 6, § 4, C., *de bonis quæ liberis*. 6, 61.

[72] *Nov.* 7, cap. 3, § 2.

[73] *Nov.* 22, cap. 44, § 2. 3. 8. 9.

[74] Nous employons le mot *débiteur*, bien qu'il ne soit pas tout à fait exact, puisqu'on peut constituer un droit d'hypothèque sur sa chose pour la dette d'un autre.

plusieurs créanciers hypothécaires exercent leurs droits respectifs (§ 242-244).

§ 240. *Droits du débiteur.*

Le maître de la chose hypothéquée ou engagée en conserve la propriété, tant que le créancier n'a pas procédé à la vente [75]. Comme propriétaire il peut donc posséder la chose, en disposer comme bon lui semble, la vendre, en jouir, en tirer les fruits, la grever de servitudes, d'autres hypothèques, etc. [76]. Toutefois ces manifestations du droit de propriété sont limitées ou même entièrement suspendues dans certains cas. Notamment 1° dans le gage proprement dit, la possession est accordée au créancier qui dès lors peut seul intenter les interdits possessoires [77]. Cependant si celui qui a constitué le *pignus* avait la possession de bonne foi de la chose engagée, il continue l'usucapion et peut l'accomplir [78]. 2° Le débiteur n'a pas le droit d'aliéner une chose mobilière spécialement hypothéquée ou engagée; pareille vente est considérée comme un vol [79]. Enfin 3° le débiteur peut accorder au créancier gagiste le droit de jouir de la chose et d'en tirer les fruits. Cette convention qu'on appelle antichrèse, ἀντίχρησις, est permise pourvu qu'elle ne cache point un prêt usuraire [80]. L'antichrèse a même lieu de plein droit lorsqu'une chose qui porte des fruits est donnée

[75] Fr. 35, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 12, pr. D., *de distract. pignorum* 20, 5. — L. 9, C., *de pignorat. act.* 4, 24.

[76] Fr. 40, pr. D., *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 7, § 2, D., *de distract. pignorum* 20, 5; § 5, I., *de legat.* 2, 20. — Fr. 57, D., *de leg. I* (30); L. 6, C., *de fideicomm.* 6, 42. — L. 1. 3, C., *de pignorat. act.* 4, 24. — Fr. 205, D., *de regulis juris* 50, 17.

[77] Voyez ci-dessus § 165, note 17.

[78] Fr. 16, D., *de usurp. et usucap.* 41, 3. « ... Qui pignori dedit, ad usucapionem tantum possidet; quod ad reliquas omnes causas pertinet, qui accepit, possidet, adeo ut addici possit et possessio ejus qui pignori dedit. » Fr. 33, § 4, D., *eod.* « Qui pignori rem dat usucapit, quamdiu res apud creditorem est; si creditor ejus possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio. Et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei, qui quid deposuit vel commodavit; quos palam est, desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo qui commodatum vel depositum accepit. »

[79] § 10, I., *de oblig. quæ ex delicto* 4, 1. — Fr. 19, § 6. Fr. 66, pr. D., *de furtis* 47, 2.

[80] Fr. 11, § 1, D., *de pignor.* 20, 1; Fr. 33, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Arg. L. 14, C., *de usuris* 4, 32.

en gage pour la sûreté d'un capital qui ne porte pas intérêts. Dans ce cas, le créancier a le droit de prendre les fruits jusqu'à concurrence du taux de l'intérêt légal, sauf à rendre l'excédant au débiteur [81].

§ 241. *Droits du créancier.* — A. *En général.*

Le droit du créancier se compose nécessairement de deux éléments. D'abord le but final de son droit est de faire vendre la chose engagée ou hypothéquée, au cas que le débiteur ne paye pas la dette assurée ; puis comme moyen de réaliser ce but il a le droit de se mettre en possession de la chose. A cet effet il lui est donné une action réelle dont nous examinerons la nature ci-après au § 246. — Une disposition spéciale accorde même au créancier le droit de retenir, après l'extinction de la créance assurée, la chose engagée ou hypothéquée, s'il est en outre créancier d'une autre somme à laquelle le gage n'a pas été affecté [82]. Outre ces droits résultant de la nature des choses ou des dispositions légales, les parties peuvent ajouter des conventions particulières ; nous en avons indiqué les plus importantes dans le paragraphe précédent, nous en examinerons d'autres ci-après.

Faisons encore observer que le créancier peut céder son droit à un tiers. Cependant comme le *pignus* est de sa nature un droit accessoire, il ne peut être cédé qu'avec la créance à laquelle il est attaché [83]. Un cas particulier de cession de gage est le *pignus pignori datum* dont il sera question ci-après § 245.

Le droit de faire vendre la chose engagée ou hypothéquée est de l'essence du gage et de l'hypothèque [84]. Le créancier ne peut

[81] Fr. 8, D., *in quib. caus. pign.* 20, 2. « Cum debitor gratuita pecunia utatur, potest creditor de fructibus rei sibi pignoratæ ad modum legitimum usuras retinere. » — L. 2, C., *de partu pign.* 8, 25 ; L. 1. 2. 3. 12, C., *de pignorat. act.* 4, 24 ; L. 1, C., *de distract. pign.* 8, 28. — Voyez aussi Fr. 5, § 21, D., *ut in possess. legat.* 36, 4. — Fr. 23, pr. D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 35, § 1. Fr. 37, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[82] L. un. C., *etiam ob chirographariam pecuniam pignus teneri posse* 8, 27.

[83] Fr. 30, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 19, D., *qui potiores.* 20, 4. — Fr. 6, D., *de heredit. vel act. vendita* 18, 4. — L. 8, C., *eod.* 4, 39. — L. 2. 14, C., *de fidejuss.* 8, 41. De même la cession de la dette entraîne la cession de l'hypothèque qui y est attachée. L. 6. 7, C., *de obl. et act.* 4, 10.

[84] Fr. 8, § 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 8, D., *de distract. pignorum* 20, 5. — L. 6. 14, C., *eod.* 8, 28. — Le *pignus prætorium* cependant ne donne pas toujours le droit de vente. Fr. 21, § 2, in f. D., *ex quib. causis majo-*

en être privé; et si les parties ont fait une convention qui lui en interdit l'exercice, elle ne sortira point ses effets [85]. Mais la vente de la chose constitue également une garantie pour le débiteur, et aucune convention particulière ne peut le dessaisir de cet avantage. Déjà dans le système de la *fiducia* le créancier ne pouvait pas en général garder pour lui la chose mancipée; il était obligé de la vendre et de rendre compte de l'excédant du prix de vente [86]. Toutefois les parties pouvaient convenir que le débiteur serait déchu de son droit de *fiducia* s'il ne payait pas dans un temps déterminé [87]. Pareille convention pénale était appelée *lex commissoria,* parce qu'elle menaçait le débiteur de la déchéance de son droit, *commissum* [88]. Une ordonnance de Constantin défendit sévèrement tout pacte qui permettrait au créancier de garder pour lui la chose engagée ou hypothéquée en cas de non-payement, pacte qu'on désigne encore dans le droit nouveau par le nom de *lex commissoria,* bien que ce terme n'offre plus un sens exact après l'abolition de la fiducie [89]. La défense de Constantin est absolue : rien ne s'oppose cependant à ce que le débiteur permette au créancier d'acquérir en cas de non-payement la chose engagée, en payant la valeur à estimer au moment de l'échéance de la dette [90].

res. 4, 6, etc. Voyez M. Schilling, *Lehrbuch,* § 215, note *a.* (§ 12, note 1 de la traduction de M. Pellat).

[85] Paul, *S. R.,* II, 13, 5. — Tit. C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* 8, 29. — Le droit de vente peut cependant être soumis à certaines modifications. L. 3, § 1, C., *de jure dominii impetrando* 8, 34. —Fr. 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7 et ci-après note 95.

[86] Paul, *S. R.,* II, 13, 4. 5. — Voir ci-dessus § 233, notes 4 et 5.

[87] Cicéron, *Epist. ad famil.* XIII, 56. — Paul, *S. R.*, II, 13. — Fr. 81, pr. D., *de contrah. emt.* 18, 1.

[88] C'est ainsi qu'on dit : *pœnam committere, mulctam committere, stipulationem committere* « encourir une peine, une amende, une peine conventionnelle, etc. » Fr. 6, pr. D., *de condition. et demonstrat.* 36, 1. — Fr. 14, § 1, D., *de novat.* 46, 2. — Rubr. Tit. C., *de contrah. et committ. stipulat.* 8, 38.

[89] L. 3, C., *de pactis pign.* 8, 35. « Quoniam inter alias pactiones præcipue commissoriæ legis crescit asperitas, placet infirmare eam et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quæ cum præteritis præsentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa jubemus recuperare, quod dederunt. »

[90] Fr. 16, § 9, D., *de pignor.* 20, 1. « Potest ita fieri pignoris datio hypothecæve, ut si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emtoris possideat rem, justo pretio *tunc* æstimandam : hoc enim casu videtur quodam modo conditionalis esse venditio, et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.

La vente de la chose engagée ou hypothéquée ne peut avoir lieu avant l'échéance de la dette assurée [91]. Avant de procéder à la vente, le créancier doit sommer le débiteur ou obtenir un jugement contre lui, et lui dénoncer qu'il a l'intention de faire vendre [92]. Après cette notification il doit attendre deux ans [93]. Passé ce délai il peut vendre, comme il veut, de la main à la main ou publiquement [94]. Si cependant les parties étaient convenues, *ne pignus distrahatur,* il est tenu de faire trois significations avant de procéder à la vente [95].—Lorsqu'il ne se trouve pas d'acheteur convenable, le créancier peut, après une nouvelle sommation, s'adresser au prince et demander que la propriété de la chose engagée ou hypothéquée lui soit adjugée moyennant une juste estimation à faire en justice. Le débiteur conserve pendant deux ans la faculté de reprendre sa chose, en remboursant l'estimation payée par le créancier [96]. — Dans la vente, le créancier agit au nom du débiteur, et comme son mandataire il est responsable de toute infidélité et mauvaise gestion [97]. En cette qualité il transfère à l'acheteur la propriété de la chose vendue, ou au moins la possession propre à l'usucapion, si le débiteur n'en était pas propriétaire [98]. L'acheteur l'acquiert libre de toute hypothèque, dont elle aurait pu être grevée postérieurement à celle en vertu de laquelle

[91] Fr. 4, D., *de distract. pign.* 20, 5. — L. 7. 8, C., *eod.* 8, 28. — Cf. Fr. 8, § 3, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[92] L. 4, C., *de distract. pign.* 8, 28. — Dans l'ancien droit il fallait même trois dénonciations. Paul, *S. R.*, II, 5, 1. — L. 10, C., *de pignor.* 8, 14.

[93] L. 3, § 1, C., *de jure dominii impetrando* 8, 34.—Dans le gage judiciaire la vente peut se faire deux mois après la saisie. Voy. ci-dessus § 237, notes 49 et suiv.

[94] L. 4. 9, C., *de distract. pign.* 8, 28. Le *pignus* judiciaire doit être vendu par l'autorité publique. Tit. C., *si in causa judicati* 8, 23.

[95] Fr. 4, in f. Fr. 5, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[96] L. 3, C., *de jure dominii impetrando* 8, 34.

[97] L. 4. 9, C., *de distract. pign.* 8, 28. — Fr. 29, D., *famil. erc isc.* 10, 2. « ... Quod creditor egit, pro eo habendum est, ac si debitor per procuratorem egisset, et ejus quod propter necessitatem impendit, etiam ultro est actio creditori. »

[98] Gaius, II, 64. — § 1, I., *quibus alienare licet vel non* 2, 8. — Fr. 4, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 46, D., *de acq. rer. dom.* 41, 1. — L. 15. 18, C., *de distract. pign.* 8, 28. — L. 2, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 20. Si le débiteur n'était pas propriétaire, l'acquéreur est exposé au danger de l'éviction. Le créancier vendeur ne lui doit pas de garantie, mais il peut être contraint de lui céder ses actions contre celui qui a constitué le *pignus*. Fr. 10, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 38, D., *de evict.* 21, 2. — L. 1. 2, C., *creditorem evictionem pignoris non debere* 8, 46.

la vente se fait [99]. — Ces effets ont lieu toutes les fois que les formalités prescrites par la loi ont été observées, quand même le créancier vendeur aurait agi de mauvaise foi. Cette circonstance ne peut donner lieu qu'à une action personnelle contre ce dernier [100]. — Quant aux relations entre le créancier et le débiteur, la vente a pour effet d'éteindre le droit de gage ou d'hypothèque du premier et de faire perdre sa propriété au second. Le créancier se fait payer sur le prix : si l'argent qui en provient ne suffit pas pour éteindre la dette, le droit de *pignus* n'en est pas moins éteint; mais l'obligation personnelle du débiteur continue de subsister [1]. S'il y a un excédant, le créancier vendeur doit en rendre compte au débiteur, à moins qu'il n'y ait encore d'autres créanciers hypothécaires : car dans ce cas c'est à eux que l'excédant revient [2].

§ 242. B. *Concours de plusieurs créanciers.*

Jusqu'ici nous avons traité du gage et de l'hypothèque en général; il nous reste à parler du cas où la même chose est frappée de plusieurs hypothèques différentes. D'après les principes généraux, il n'en peut guère résulter de difficultés, car il est évident que le droit absolu de la première hypothèque n'a pu être restreint ou modifié par des conventions postérieures, faites sans le concours du créancier; mais l'institution des hypothèques générales et surtout la création des hypothèques tacites ont fait naitre de nombreux conflits que les empereurs ont réglés par des dispositions arbitraires, qui n'ont pas laissé d'exercer une influence funeste sur le système hypothécaire des Romains [3].

Toutes les fois qu'il se rencontre plusieurs hypothèques établies

[99] Voyez ci-après § 248, note 79.

[100] Tit. C., *si vendito pignore agatur* 8, 30. — En cas de fraude de la part de l'acheteur, la vente peut être résiliée. L. 1. 3. 4, C., *eod.*—La vente faite avant l'échéance de la dette est nulle et ne produit point d'effet. L. 5. 8, C., *de distract. pign.* 8, 28.

[1] Fr. 9, D., *de distract. pign.* 20, 5. — Fr. 28, D., *de rebus credit.* 12, 1. — L. 8, C., *si certum petatur* 4, 2. — L. 3. 9, C., *de distract. pign.* 8, 28.

[2] Paul, *S. R.*, II, 13, 1.—Fr. 12, § 5. Fr. 20, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. — Fr. 7. Fr. 24, § 2. Fr. 43, D., *de pignorat. act.* 13, 7.

[3] Voyez en général pour ce § et les deux § suiv. le Tit. D., *qui potiores in pignore vel hypotheca habeantur, et de his qui in priorum creditorum locum succedunt* 20. 4 et Tit. C., *qui potiores in pignore habeantur* 8. 18.

sur la même chose, il faut avant tout examiner si les différents créanciers ont des droits égaux, ou si les droits de l'un priment ceux des autres. Dans la dernière supposition, le créancier préféré exerce son droit dans toute son étendue : lui seul a le droit de faire vendre la chose hypothéquée ou engagée et de se faire payer sur le prix. Ce n'est que dans le cas où le prix excède la quotité de la créance préférée, que les créanciers postérieurs obtiennent payement dans l'ordre que la loi leur assigne. Au reste la vente faite par le premier créancier a pour effet d'éteindre à la fois toutes les hypothèques dont la chose est grevée [4]. — S'il n'y a pas lieu d'accorder cette préférence à l'un d'entre eux, tous concourent ensemble.

Pour savoir s'il y a concours de droits égaux ou priorité d'un créancier, il faut distinguer : 1° En général les créanciers dont les droits d'hypothèque ont pris naissance à la même époque sont égaux. Par conséquent, chacun d'entre eux a le droit de faire vendre la chose, et tous ensemble se partagent le prix de vente au *prorata* de leur créance [5]; cependant si l'un d'eux se trouve avoir la juste possession de la chose, il est préféré. *Melior est causa possidentis* [6]. 2° Si les hypothèques ont pris naissance à des époques différentes, c'est la plus ancienne qui l'emporte. *Prior tempore, potior jure* [7]. Toutefois cette règle fondée dans la nature des choses, est soumise aux exceptions suivantes. *a*) Pour empêcher qu'un débiteur ne frustrât frauduleusement un créan-

[4] Voyez ci-après § 248 vers la fin.

[5] Fr. 20, § 1, D., *de pignorat. act.* 13, 7. « Si pluribus simul res pignori detur, æqualis omnium causa est. » — Fr. 16, § 8, D., *de pign.* 20, 1. « Si duo pariter de hypotheca paciscuntur, in quantum quisque obligatam hypothecam habeat, utrum pro quantitate debitæ, an pro partibus dimidiis quæritur : et magis est, ut pro quantitate debiti pignus habeant obligatum. »

[6] Fr. 10, D., *de pignor.* 20, 1. « Si debitor res suas duobus simul pignori obligaverit, ita ut utrique in solidum obligatæ essent, singuli in solidum adversus extraneos Serviana utentur; inter ipsos autem si quæstio moveatur, possidentis meliorem esse conditionem. Dabitur enim possidenti hæc exceptio, *si non convenit, ut eadem res mihi quoque pignori esset*... « — Fr. 14, D., *qui potior. in pign.* 20, 4. « Si non dominus duobus eandem rem diversis temporibus pignoraverit, prior potior est. quamvis, si a diversis non dominis pignus accipiamus, possessor melior sit. » — C'est dans ce cas que la position du créancier gagiste peut être préférable à celle du créancier qui n'a qu'un droit d'hypothèque.

[7] L. 4, C., *qui potiores*. 8, 18. — Fr. 2. 8. Fr. 11, pr. Fr. 12, pr. § 2-10. Fr. 14, D., *eod.* 20, 4. — L. 2. 6. 8. 12, § 1, C., *eod.* 8, 18.

cier antérieur de son droit de préférence, en donnant une fausse date à une hypothèque postérieure, l'empereur Léon accorda au droit de gage constitué par acte public ou quasi public une préférence absolue sur l'hypothèque, consentie sans l'observation de ces formalités [8]. Entre plusieurs hypothèques publiques, la plus ancienne l'emporte. *b*) Le même motif qui a fait créer les hypothèques tacites a engagé les autocrates romains à accorder à certaines créances un droit de préférence, relativement à la poursuite du droit d'hypothèque qui y est attaché. Nous allons énumérer ces priviléges dans l'ordre chronologique.

§ 243. C. *Des hypothèques privilégiées* [9].

1° Le créancier dont l'argent a servi soit à acquérir la chose, soit à la conserver ou à l'améliorer, a un droit de préférence sur cette chose. Le motif qui a fait accorder ce privilége au créancier postérieur est indiqué par Ulpien, dans les termes suivants : *Hujus enim pecunia salvam fecit totius pignoris causam* [10]. Mais pour que cette faveur puisse être réclamée, il faut nécessairement *a*) que le créancier se soit fait constituer une hypothèque au moment du prêt, à moins que sa créance n'entraine de plein droit une

[8] L. 11, C., *qui potiores* 8. 18. « ... Sin autem jus pignoris vel hypothecæ ex hujusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit : eum, qui instrumentis publice confectis nititur, præponi decernimus, etiamsi posterior is contineatur : nisi forte probatæ atque integræ opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones eisdem idiochiris contineantur; tunc enim quasi publice confecta accipiuntur. » — Ce passage fait suffisamment connaître ce qu'il faut entendre par *instrumenta publice* et *quasi-publice confecta*.

[9] Pour les nombreuses controverses sur cette matière voyez Voet, *Comment. ad Pandectas,* L. XX, tit. 4.—Muhlenbruch, *Doctr. Pandect.* § 320.—Mackeldey. *Manuel du droit romain* § 319. 321. — Schilling, *Lehrbuch* § 221. (§ 18 de la traduction de M. Pellat).

[10] Fr. 3, § 1, D., *qui potior.* 20, 4. — Fr. 5, D., *eod.* « Interdum posterior potior est priori : utputa, si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit : veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam rem vel reficiendam ego credidero. » — Fr. 6, pr. D., *eod.* « Hujus enim pecunia salvum fecit totius pignoris causam. Quod poterit quis admittere, et si in cibaria nautarum fuerit creditum, sine quibus navis salva pervenire non poterat. » — Fr. 7, pr. Fr. 21, § 1, D., *eod.* — C'est par le même motif qu'un privilége est accordé à celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'une chose, pourvu qu'il se soit fait consentir une hypothèque. L. 7, C., *qui potior.* 8, 18; L. 17, C., *de pign.* 8, 14; *Nov.* 97, cap. 3. 4; *Nov.* 136, cap. 3.

hypothèque légale, *b*) que l'argent ait été employé dans l'intérêt de la chose et que ce but ait été atteint, *in rem versum* [11].

2° Le fisc a une hypothèque privilégiée pour les impôts arriérés et pour les dettes des officiers payeurs, *primipili* [12]. L'hypothèque légale du fisc pour d'autres obligations est également privilégiée, mais elle ne prime que les créanciers qui ne sont pas antérieurs; les créanciers antérieurs l'emportent sur le fisc [13].

3° L'hypothèque de la femme et de ses descendants, pour la restitution de sa dot, est également privilégiée. Les héritiers de la femme qui ne sont pas descendants ont bien une hypothèque légale, mais point de privilége [14].

Les personnes qui se trouvent dans une des relations privilégiées que nous venons d'indiquer, peuvent faire valoir le droit d'hypothèque nonobstant l'existence d'autres créanciers, même antérieurs en date; mais il peut se faire qu'entre les privilégiés mêmes, il y ait conflit de droits. Les constitutions des empereurs qui règlent cette matière, font naitre des controverses inextricables. Toutes choses égales, il parait qu'il faut placer 1° au premier rang le fisc pour les impôts et les dettes des *primipili*, 2° un cas particulier de *in rem versio* en faveur de celui qui a prêté de l'argent pour l'acquisition d'un office, *militia*, et qui s'est réservé expressément la préférence [15], 3° la femme et ses descendants, 4° en général les divers cas de *in rem versio*, 5° enfin en dernier lieu le fisc pour ses créances ordinaires. Si dans l'une de ces cinq classes, plusieurs créanciers concourent, il faut exami-

[11] Fr. 5, D., *qui potiores* 20, 4. « ... Si in rem istam conservandam *impensum est*, quod sequens credidit. » L. 7, C., *eod.* 8, 18. « Eum, cujus pecunia prædium *comparatum probatur*, quod ei pignori esse specialiter obligatum *statim convenit*, omnibus anteferri, juris auctoritate declaratur. »

[12] L. 1, C., *si propter publicas pensitationes.* 4, 64. — L. 3, C., *de primipilo* 12, 63.

[13] C'est ainsi que s'explique le Fr. 28, D., *de jure fisci* 49, 14. « Si qui mihi obligaverit, quæ habet habiturusque esset, cum fisco contraxerit, sciendum est *in re postea acquisita*, *fiscum potiorem esse debere,* Papinianum respondisse; quod et constitutum est. Prævenit enim causam pignoris fiscus. » Fr. 22, § 1, D., *eod.* « Sed si ante alii res obligatæ sunt jure pignoris, non debet procurator (fisci), jus creditorum lædere, etc. » — Fr. 8, D., *qui potior.* 20, 4. « Si pignus specialiter respublica acceperit, dicendum est, præferri eam fisco debere, si postea fisco debitor obligatus est : quia et privati præferuntur. »

[14] § 29, I., *de action.* 4, 6. — L. 30, C., *de jure dotium* 5, 12. — L. 12, § 1, C., *qui potior.* 8, 18. — *Nov.* 97, cap. 2. *Nov.* 109, cap. 1.

[15] *Nov.* 97, cap. 4.

ner s'il y a lieu d'accorder la préférence à l'un d'eux, à cause de la priorité ou de la publicité de son titre; en cas de négative, ils concourent tous au prorata de leur créance.

§ 244. D. *Des droits du créancier préféré et de la succession dans ce droit accordée aux créanciers postérieurs.*

Le créancier qui est le premier dans l'ordre des différentes hypothèques, jouit seul de tous les pouvoirs contenus dans le droit de *pignus*. Notamment, 1° lui seul a le droit de faire vendre la chose, afin d'obtenir payement de sa créance; il a les actions hypothécaires sans aucune restriction et peut les intenter contre qui que ce soit, même contre le créancier postérieur qui se trouverait en possession de la chose, ou contre le tiers qui l'aurait achetée d'un créancier postérieur [16]; 2° il a le droit de se faire payer en entier sur le prix de la vente, quand même il l'absorberait à lui seul. S'il y a un excédant, il doit en rendre compte aux créanciers postérieurs et à l'ancien propriétaire [17]. — Les droits des créanciers postérieurs sont donc fort restreints : ils ne peuvent faire vendre la chose sans l'autorisation du créancier antérieur, ils n'ont même aucun moyen de contraindre celui-ci à procéder à la vente [18]. A l'égard des tierces personnes, cependant, ils peuvent faire valoir leurs droits de toute manière, particulièrement au moyen de l'action hypothécaire. Si le créancier antérieur vend la chose engagée, l'hypothèque des créanciers postérieurs s'éteint, ils n'ont que le droit de demander qu'on leur donne l'excédant du prix [19].

Les créanciers postérieurs peuvent cependant améliorer leur position, en se faisant subroger dans les droits d'un créancier antérieur quelconque, même du plus privilégié. Rien

[16] Fr. 12, pr. D., *qui potiores in pignore*. 20, 4.

[17] Fr. 20, D., *qui potior*. 20, 4. — Fr. 15, § 2, D., *de pign*. 20, 1. Voyez ci-dessus § 241, note 2.

[18] Fr. 1. 5. pr. D., *de distract. pign*. 20, 5; L. 7, C., *de oblig. et act*. 4, 10; L. 8, C., *qui potiores*. 8, 18.—Fr. 6, pr. D., *de pignorat. act*. 13, 7. — Il y a une exception en faveur de fisc. Fr. 1, § 21, *verb*. Et si quidem. D., *de jure fisci* 49, 14.

[19] Fr. 12, § 5. Fr. 20, D., *qui potiores*. 20, 4. — L. 1, C., *si antiquior creditor*. 8, 20. — L. 6. 7, C., *de obligat. et act*. 4, 10.

ne s'oppose à ce que la subrogation se fasse du consentement du créancier antérieur, qui cède à un autre sa créance et l'hypothèque y attachée [20]; mais dans certains cas, pareille succession hypothécaire a même lieu sans que le créancier antérieur y intervienne. 1° Le débiteur qui emprunte une somme, à l'effet de payer une dette hypothécaire, peut subroger le nouveau créancier dans les droits de l'ancien, sans que celui-ci intervienne dans l'acte et sans que les autres créanciers puissent s'y opposer [21]. — 2° La subrogation a lieu au profit de l'acquéreur d'une chose hypothéquée, qui emploie le prix de son acquisition au payement des créanciers auxquels la chose était hypothéquée, ou de l'un d'eux. Ce n'est que par une fiction que l'on accorde, dans ce cas, un droit de *pignus* au propriétaire même de la chose; le but de cette fiction, est de lui assurer la possession tranquille de son acquisition, en empêchant les autres créanciers de faire vendre la chose acquise de ses deniers [22]. — 3° Si un créancier remplace l'obligation pour laquelle une hypothèque est constituée par une créance nouvelle, cette dernière devrait, à la rigueur, venir après toutes les autres créances hypothécaires déjà existantes; mais les parties peuvent convenir que la nouvelle dette remplacera l'ancienne sous tous les rapports, même pour la priorité du droit d'hypothèque [23]. — 4° Enfin un créancier hypothécaire peut forcer tout autre créancier hypothécaire, à lui céder son rang, moyennant payement de sa créance et de tous les accessoires [24]. Cette succession n'a lieu que pour la somme que le créancier postérieur paye et non point pour ses autres créances [25]. On désigne ce droit, qui est accordé de la manière la plus étendue à tous les créanciers hypothécaires entre eux [26],

[20] Voir ci-après § 245.

[21] Fr. 3. Fr. 12, § 9, D., *quæ res pignori*. 20, 3.—Fr. 12, § 8, D., *qui potiores*. 20, 4.—L. 1, C., *eod*. 8, 18.

[22] Fr. 17, D., *qui potior*. 20, 4. — Fr. 3, § 1, D., *de distract. pign*. 20, 5. —L. 3, C., *qui potiores*. 8, 18.

[23] Dans ce cas le créancier se succède pour ainsi dire à lui-même. Fr. 3, pr. Fr. 12, § 5, D., *qui potiores*. 20, 4.

[24] L. 22, C., *de pign*. 8, 14. « Secundus creditor offerendo priori debitum, confirmat sibi pignus; et a debitore sortem ejusque tantum usuras, quæ fuissent præstandæ, non etiam usurarum usuras accipere potest. » — L. 1. 5, C., *qui potiores*. 8, 18.

[25] Fr. 16, D., *qui potiores*. 20, 4.

[26] Fr. 16, D., *qui potiores*. 20, 4. — L. 10, C., *eod*. 8, 18. — L. 2, C., *de*

par le nom de *jus offerendæ pecuniæ*, *jus offerendi* [27]. L'avantage qui en résulte pour le créancier subrogé, est principalement de pouvoir se mettre en possession de la chose et d'empêcher ainsi toute aliénation qui serait contraire à ses intérêts [28]. Le *jus offerendi* diffère des moyens précédents, en ce qu'il ne peut être exercé que par les créanciers qui ont une hypothèque sur la chose [29]; on a cependant permis à la caution de se faire subroger dans les droits du créancier hypothécaire, qui la contraint à payer pour le débiteur [30].

§ 245. *Du pignus pignori datum.*

Il est un cas particulier dans lequel le créancier, fût-il même au premier rang, ne peut pas procéder à la vente de la chose engagée, c'est le cas du *pignus pignori datum*. A la rigueur nous ne pouvons engager une chose sur laquelle nous n'avons nous-même qu'un droit de gage ou d'hypothèque, mais nous pouvons céder à un autre la faculté d'exercer en notre nom les pouvoirs contenus dans notre droit. Si cette cession se fait dans l'intention d'assurer au cessionnaire le payement d'une créance, on dit qu'il y a *pignus pignori datum* [31]. Un exemple fera mieux comprendre les résultats quelque peu compliqués de cette opération. Pierre m'a donné sa maison en gage pour sûreté d'une créance que j'ai à sa charge. Je deviens à mon tour débiteur de Paul, à qui j'accorde un droit de gage sur la maison que Pierre m'a engagée. Ce double engagement aura pour effet de me dessaisir du droit de faire vendre la maison de Pierre, tant que je reste débiteur de Paul. Le droit de vente compète uniquement à Paul, et il pourra le faire valoir au moyen d'une action hypothécaire

his qui in prior. creditor. 8, 19. — L. 1, C., *si antiquior creditor.* 8, 20. — Fr. 3, § 1. Fr. 5, § 1, D., *de distract. pign.* 20, 5. Il est même accordé contre la caution qui a acquis la chose hypothéquée en payant pour le débiteur. Fr. 2. Fr. 5, § 1, D., *eod.*

[27] Fr. 2, pr. D., *de distract. pign.* 20, 5.

[28] Fr. 5, pr. D., *de distract pign.* 20, 5. — L. 8, C., *qui potiores.* 8, 18. — L. 3, C., *si antiq. credit.* 8, 20.

[29] L. 10, C., *qui potiores.* 8, 18.

[30] L. 2, C., *de fidejussor.* 8, 41.

[31] Voyez sur cette matière Tit. C., *si pignus pignori datum sit* 8, 24. — Fr. 40, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 13, § 2, D., *de pignor.* 20, 1.

utile, pourvu, bien entendu, que la dette de Pierre soit exigible [32]. Si Paul vend la chose, il pourra se faire payer sur le prix de vente, mais seulement jusqu'à concurrence de ce que Pierre me doit; s'il y a un excédant, il doit le restituer à Pierre. Le droit de gage s'éteindra non-seulement quand j'aurai payé ce que je dois à Paul, mais encore dans le cas où Pierre s'acquitte envers moi [33]. Cependant si l'objet de la dette de Pierre est un corps certain et déterminé, il sera frappé d'hypothèque en faveur de Paul [34].

DES ACTIONS RÉSULTANT DES DROITS DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE.

§ 246. *De l'action hypothécaire et de l'interdit Salvien.*

I. *De l'action hypothécaire.* Nous emploierons le mot action hypothécaire pour désigner l'action Servienne avec ses applications analogues, *actio Serviana* et *quasi Serviana;* elle est aussi appelée dans nos sources *pignoratitia actio* [35], mais nous éviterons de lui donner ce nom pour ne pas la confondre avec l'action personnelle qui résulte de ce qu'un créancier reçoit une chose à titre de gage, et qui peut exister, abstraction faite de tout droit réel.

L'action hypothécaire est donc celle par laquelle le créancier fait valoir le droit réel qu'il a sur la chose engagée ou hypothéquée. Le demandeur doit prouver l'existence de son droit de gage ou d'hypothèque. Cette preuve se compose des trois éléments suivants : 1° l'existence de la dette pour la sûreté de laquelle le *pignus* a été constitué [36], 2° le droit de propriété de celui qui

[32] Fr. 13, § 2, D., *de pignor.* 20, 1. « ... Quatenus *utraque pecunia debeatur,* pignus secundo creditori tenetur, et tam exceptio quam actio utilis ei danda est. » — L. 1, C., *si pignus pignori.* 8, 24. « ... Scilicet ut sequenti creditori utilis actio detur, tamdiuque eum is, qui jus repræsentat, tueatur, quamdiu in causa pignoris manet ejus qui dedit... »

[33] L. 2, C., *si pign. pignori.* 8, 24.

[34] Fr. 13, § 2, D., *de pignor.* 20, 1. « ... Si vero corpus is debuerit et solverit, pignoris loco futurum apud secundum creditorem. »

[35] Elle est aussi appelée *pignoris persecutio, persecutio hypothecaria, vindicatio pignoris.*

[36] L. 10, C., *de pignorat. act.* 4, 24. — L. 1, C., *si pignoris conventionem numeratio pecuniæ secuta non fuerit* 8, 33.

a constitué le droit [37], 3° l'établissement du *pignus* par l'un des trois modes indiqués ci-dessus [38]. Si ces points sont établis, l'action du demandeur est fondée et recevable, pourvu qu'il ait intérêt à agir, c'est-à-dire que la dette soit exigible ou qu'il y ait du danger pour son droit [39].

Elle est donnée contre quiconque empêche le créancier hypothécaire de faire valoir son droit dans l'étendue que la loi lui garantit, en d'autres termes contre le possesseur de la chose engagée ou hypothéquée [40].

Le but de l'action est que le droit de *pignus* soit reconnu appartenir au créancier [41]. La conséquence en est que le demandeur doit être mis en état d'exercer son droit. L'action hypothécaire appartenant à la catégorie des actions arbitraires, il est abandonné à l'appréciation du juge de prendre les mesures les plus propres à atteindre ce but [42]. Le défendeur peut éviter la condamnation, soit en abandonnant la possession de la chose engagée ou hypothéquée, soit en éteignant le droit du demandeur par le payement de la dette pour la sûreté de laquelle l'hypothèque était constituée [43]. S'il n'en fait rien, le juge le condamnera ordinairement à la restitution de la chose avec les accessoires [44],

[37] Voir ci-dessus § 235, notes 21 et suiv.

[38] Fr. 23, D., *de probationibus* 22, 3.

[39] Quand il s'agit d'une simple hypothèque, l'action hypothécaire ne peut être intentée avant l'échéance de la dette. Fr. 5, § 1, D., *quib. mod. pign. solvitur* 20, 6.—L. 10, C., *de pign.* 8, 14.—Quand il s'agit d'un *pignus* proprement dit, il peut y avoir lieu de l'intenter avant cette époque. Fr. 14, pr. D., *de pignor.* 20, 1.

[40] § 16, § 3, D., *de pignor.* 20, 1. — Pour le cas où la chose est grevée de plusieurs hypothèques, voyez ci-dessus § 244, note 16.

[41] Fr. 12. pr. D., *qui potiores in pignore habeantur* 20, 4. « ... Adjudicari ei poterit hypotheca. »

[42] § 31, I., *de action.* 4, 6. « ... Præterea quasdam actiones arbitrarias, id est ex arbitrio judicis pendentes, appellamus, in quibus, nisi arbitrio judicis is, cum quo agitur, actori satisfaciat, veluti rem restituat, vel exhibeat, vel solvat... condemnari debeat... veluti Serviana de rebus coloni, quasi Serviana, quæ etiam hypothecaria vocatur. »

[43] Fr. 16, § 3. 6. Fr. 21, § 3, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 2. 12, § 1, D., *quib. mod. pign. solv.* 20, 6. — L. 19, C., *de usuris* 4, 32.

[44] Fr. 16, § 5, D., *de pignor.* 20, 1. — Fr. 66, pr. D., *de evict.* 21, 2. Quant aux fruits de la chose, voyez Fr. 1, § 2, D., *de pign.* 20, 1; Fr. 16, § 4. D., *eod.* « Interdum etiam de fructibus arbitrari debet judex, ut ex quo lis inchoata sit, ex eo tempore etiam fructibus condemnet. Quid enim, si minoris sit pretium quam debetur? Nam de antecedentibus fructibus nihil potest

ou, le cas échéant, au payement des dommages et intérêts [45].

De son côté le défendeur peut faire valoir différentes exceptions. 1° La *præscriptio temporalis* qui est de dix ou vingt ans, si le défendeur a acquis la possession en vertu d'un juste titre et de bonne foi, c'est-à-dire, ignorant que la chose était hypothéquée au demandeur [46]. La *præscriptio longissimi temporis* peut être proposée après trente ans par le tiers possesseur [47], mais le débiteur et ses héritiers ne peuvent s'en prévaloir qu'après quarante ans [48]. En tout cas, le délai de la *præscriptio longissimi temporis* ne commence à courir, que du moment où le créancier a pu exercer son droit, qui est ordinairement le moment de l'échéance de la dette [49]. 2° L'*exceptio excussionis*. Si c'est contre un tiers possesseur que le créancier intente l'action hypothécaire, le défendeur peut le forcer à discuter d'abord personnellement le débiteur, avant de poursuivre la chose hypothéquée. Cette exception, créée par Justinien [50], est ordinairement appelée *beneficium excussionis personale* en opposition à une autre exception appelée *beneficium excussionis reale*, et qui a lieu quand le débiteur a accordé au créancier une hypothèque générale et en outre pour la même dette une hypothèque spéciale. Si, dans ce cas, le créancier veut faire valoir son hypothèque générale, le défendeur peut exiger qu'il s'en tienne, d'abord, à la chose spécialement engagée, et qu'il ne discute l'hypothèque générale

pronunciare, *nisi exstent et res non sufficit.* » Telle est la leçon du manuscrit de Florence, la vulgate lit *nisi res exstent.*

[45] Fr. 16, § 3, D., *de pignor.* 20, 1; Fr. 21, § 3, D., *eod.* « Si res pignorata non restituatur, lis adversus possessorem erit æstimanda; sed utique aliter adversus ipsum debitorem, aliter adversus quemvis possessorem : nam adversus debitorem non pluris, quam quanti debet, quia non pluris interest; adversus ceteros possessores etiam pluris. Et quod amplius debito consecutus creditor fuerit, restituere debet creditori pignoratitia actione. »

[46] Fr. 12, D., *de div. temp. præsc.* 44, 3.—L. 19, C., *de evict.* 8, 45.—L. 7, C., *de oblig. et act.* 4, 10 et surtout L. 8, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.

[47] L. un. Th. C., *de act. certo temp. finiend.* 4, 14.— L. 3, J. C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.

[48] D'après la L. un. Th. C., *de act. certo temp. fin.* 4, 14 le débiteur et ses héritiers ne pouvaient jamais se prévaloir de la prescription; Justinien a modifié cette disposition en leur accordant la prescription de quarante ans. L. 3. 7, pr. C., *de præsc. XXX vel XL annorum* 7, 39.

[49] Voir ci-dessus note 39 et § 142, n° 1.

[50] *Nov.* 4, cap. 2.—Pour le droit ancien voyez Fr. 14, C., *de oblig. et act.* 4, 10; L. 14. 24, C., *de pignoribus* 8, 14. — Fr. 47, pr. D., *de jure fisci* 49, 14. — L. 1, C., *de conveniendis fisci debitoribus* 10, 2.

qu'en cas d'insuffisance de l'hypothèque spéciale [51]. 3° Enfin le défendeur, possesseur de bonne foi, qui doit répondre à l'action hypothécaire peut contraindre le demandeur à lui céder ses droits et actions contre le débiteur [52].

2° *De l'interdit Salvien* [53]. Pour le cas qui avait donné lieu à l'action Servienne, le préteur Salvius créa un interdit *adipiscendæ possessionis, interdictum Salvianum*. Cet interdit compétait au bailleur d'un *prædium rusticum* et avait pour but de donner au demandeur la possession des objets hypothéqués pour sûreté du prix de ferme [54]. Il était accordé non-seulement contre le fermier, mais encore contre tout tiers possesseur des choses hypothéquées [55]. Il n'y avait donc qu'une différence de procédure entre cet interdit et l'action Servienne, et il eût été rationnel de n'en faire qu'une seule action dans le droit nouveau.

§ 247. *Des actions possessoires.*

Le créancier gagiste ayant la possession de la chose engagée, peut se servir des interdits ordinaires *retinendæ* et *recuperandæ possessionis* [56].

Le créancier hypothécaire n'a ni la possession matérielle de la chose, ni la quasi-possession de son droit, par conséquent il n'a aucune action possessoire. Aussi n'en a-t-il pas besoin, car l'exercice de son droit a pour effet de l'éteindre.

COMMENT LE DROIT DE GAGE OU D'HYPOTHÈQUE S'ÉTEINT [57].

§ 248.

Le droit de gage ou d'hypothèque s'éteint d'abord naturellement

[51] L. 2, C., *de pignor.* 8, 14. — L. 9, C., *de distract. pignor.* 8, 28.

[52] Fr. 19, D., *qui potior. in pign.* 20, 4.

[53] Tit. D., *de Salv. interd.* 43, 33. — Tit. C., *de prec. et Salv. interd.* 8, 9.

[54] Gaius, IV, 147. — § 3, in f. I., *de interd.* 4, 15. — Fr. 2, § 2, D., *eod.* 43, 1.

[55] Cela est certain pour l'ancien droit et Théophile le dit aussi. Fr. 1, § 1. D., *de Salv. interd.* 43, 33; Théophile, ad § 3. 7, *de interd.* 4, 15. Cependant d'après la loi 1, C., *de precario et Salv. int.* 8, 9, il paraîtrait qu'il ne pouvait être dirigé que « adversus conductorem debitoremve. » Cette constitution du Code est un rescrit de Gordien.

[56] Voir ci-dessus § 240, note 77.

[57] Tit. D., *quibus modis pignus vel hypotheca solvitur* 20, 6. — Tit. C., *de remissione pignoris* 8, 26. — Tit. C., *de luitione pignoris* 8, 31.

par la perte de la chose engagée ou hypothéquée [58]. Un simple changement de la chose n'opère pas l'extinction du droit. Ainsi, si la maison s'écroule, l'hypothèque continue de frapper le sol et par conséquent aussi la maison qui pourrait y être construite par la suite [59].

2° Par l'extinction de la dette pour la sûreté de laquelle le droit a été constitué [60]. Il importe peu de quelle manière la dette se trouve éteinte [61] : l'hypothèque cessera même, si c'est par la faute du créancier que le payement de la dette n'a pu avoir lieu [62]. Mais il faut que la dette soit éteinte en entier avec tous les accessoires; l'extinction partielle de la dette n'influe en rien sur l'existence de l'hypothèque qui continue de subsister pour le reste, parce qu'elle est de sa nature indivisible [63]. — Il ne faut pas confondre l'extinction de la dette avec l'extinction de l'action, qui sert à faire valoir l'obligation. Ainsi la *præscriptio temporalis* a pour effet d'éteindre le droit d'action, mais point la créance même [64] : il reste une obligation naturelle, par conséquent aussi

[58] Fr. 8, pr. D., *quib. mod. pignus solvitur* 20, 6.

[59] Fr. 18, § 3. Fr. 21, D., *de pignorat. act.* 13, 7. —Fr. 16, § 2. Fr. 29, § 2. Fr. 35, D., *de pign.* 20, 1.

[60] Fr. 43, D., *de solutionibus* 46, 3.

[61] Fr. 5, § 2. 3. Fr. 6, pr. D., *quib. mod.* 20, 6. « Item liberatur pignus, sive solutum est debitum, sive eo nomine satisfactum est. » Cependant, bien que la *litis contestatio* et le jugement éteignent la dette, qui dès lors est remplacée par une nouvelle obligation, cette extinction n'a pas pour effet d'éteindre le droit d'hypothèque constitué pour la sûreté de la dette. Fr. 13, § 4, D., *de pignor.* 20, 1. « Etiamsi creditor judicatum debitorem fecerit, hypotheca manet obligata, quia suas conditiones habet hypothecaria actio, id est, si soluta est pecunia, aut satisfactum est, quibus cessantibus tenet. » L. 8, C., *eod.* 8, 14. — Fr. 13, § 1, D., *ad Senatuscons. Vellejan.* 16, 1. Voyez aussi Fr. 38, § 5, D., *de solut.* 46, 3 et ci-dessus § 139 et 153.

[62] Fr. 20, § 2, D., *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 4, § 4, D., *qui potior.* 20, 4. —Fr. 6, § 1, D., *quib. mod. pign. solv.* 20, 6. —L. 19, C., *de usuris* 4, 32. — L. 3, C., *de luit. pign.* 8, 31.

[63] Fr. 9, § 3, *de pignorat. act.* 13, 7.—Fr. 85, § 6, D., *de verb. oblig.* 45, 1. — L. 6. 16, C., *de distract. pign.* 8, 28. — L. 2, C., *debitorem venditionem pignoris impedire non posse* 8, 29. — L. 1, C., *de luit. pign.* 8, 31. — L. 2. C., *si unus ex plur. hered.* 8, 32.

[64] L'application la plus frappante de cette règle est le délai de quarante ans, exigé pour la prescription extinctive, lorsqu'elle doit être opposée par le débiteur ou ses héritiers. Voir ci-dessus § 246, note 48. Ajoutez L. 2, C., *de luit. pign.* 8, 31. « Intelligere debes, vincula pignoris durare, personali actione submota. »

le droit de gage ou d'hypothèque continuera de subsister [65].

3° Par la confusion. Si la propriété et la qualité de créancier hypothécaire se trouvent réunies dans la même personne, le droit d'hypothèque s'éteint naturellement [66]. Toutefois, nous avons vu que, par des motifs d'équité, on admet quelques exceptions à cette règle fondée dans la nature des choses, en accordant, dans certains cas, un droit d'hypothèque, pour ainsi dire fictif, à l'acquéreur de la chose hypothéquée [67].

4° Par la renonciation. La renonciation peut être expresse [68], ou tacite. On présume que le créancier renonce à son droit de gage ou d'hypothèque *a*) s'il restitue au débiteur la chose engagée ou ses titres d'hypothèque [69], *b*) s'il permet au débiteur de vendre la chose engagée ou hypothéquée [70], *c*) s'il permet au débiteur d'engager ou d'hypothéquer la chose en faveur d'un autre [71]. Toutefois le créancier est toujours admis à prouver que ces actes n'ont pas été faits dans l'intention de renoncer à son droit.

[65] Il en est de même de tous les cas dans lesquels une obligation se trouve éteinte sous le point de vue purement civil, de manière qu'une obligation naturelle continue de subsister. Fr. 14, § 1, D., *de pign.* 20, 1. « Ex quibus causis naturalis obligatio consistit, pignus perseverare constat. » Fr. 59, pr. D., *ad Senatuscons. Trebellianum* 36, 1. — L. 8, C., *de luit. pign.* 8, 31, citée à la fin de la note précédente. Voy. cependant Fr. 13, D., *quib. mod. pign.* 20, 6. « ... Si a judice quamvis per injuriam absolutus sit debitor, tamen pignus liberatur. »

[66] Fr. 29, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 9, pr. D., *quib. mod. pignus solvitur* 20, 6. — Fr. 30, § 1, D., *de except. rei jud.* 44, 2. « ... Neque enim potest pignus perseverare, domino constituto creditore. »

[67] Voir ci-dessus § 245, note 22.

[68] Fr. 9, § 3, D., *de pignorat. act.* 13, 7. — Fr. 5, pr. D., *quib. mod.* 20, 6. « Solvitur hypotheca, et si ab ea discedatur aut paciscatur creditor, ne pecuniam petat... » Fr. 8, § 1, D., *eod.* — Fr. 1, § 1, D., *de liberat. leg.* 34, 3. — L. 23, C., *de pign.* 8, 14. — Tit. C., *de remiss. pign.* 8, 26.

[69] L. 7. 9, C., *de remiss. pign.* 8, 26.

[70] Fr. 158, D., *de reg. jur.* 50, 17. — Fr. 4, § 1, D., *quib. mod.* 20, 6. — L. 2, C., *de remiss. pign.* 8, 26. — Le motif de cette présomption est que le débiteur n'a pas besoin de l'autorisation du créancier pour vendre et qu'on ne peut supposer que les parties aient voulu faire un acte inutile. Au reste il est à remarquer 1° qu'il faut le consentement du créancier (Fr. 8, § 15, D., *quib. mod.* 20, 6); 2° que l'hypothèque n'est éteinte que pour autant que le débiteur aliène réellement la chose hypothéquée ou engagée. (Fr. 4, § 2. Fr. 8, § 6. Fr. 10, pr. D., *eod.*)

[71] Fr. 9, § 1. Fr. 12, pr. D., *quib. mod.* 20, 6. — Fr. 12, § 4, D., *qui potiores.* 20, 4.

5° Par la révocation du droit de propriété de celui qui a constitué le *pignus*, dans les cas où cette révocation s'exerce *in rem* [72]. Le droit d'hypothèque consenti par l'emphytéote ou le superficiaire s'éteint par l'extinction de l'emphytéose et de la superficie. De même le *pignus pignori datum* ne peut survivre à l'extinction du droit du premier créancier [74].

6° Par la prescription. Nous avons vu ci-dessus que les servitudes peuvent s'éteindre soit par le simple non-usage soit par une espèce de *libertatis usucapio* de la part du propriétaire de la chose assujettie. Il n'en était point de même du droit d'hypothèque. Dans l'ancien temps l'usucapion n'avait point pour effet d'éteindre les hypothèques dont la chose usucapée était grevée : mais la *longi temporis præscriptio* opposée comme exception à la chose hypothécaire ôtait toute efficacité au droit d'hypothèque [75]. Après la fusion opérée par Justinien, la possession acquise en vertu d'un juste titre et avec bonne foi, c'est-à-dire sans connaître l'existence du droit d'hypothèque, suffit pour donner après dix ou vingt ans la propriété libre de la chose acquise [76]. A défaut de juste titre ou lorsque les conditions requises pour la *longi temporis præscriptio* ne se trouvent pas réunies, la *præscriptio longissimi temporis* produira le même effet, pourvu que la possession ait été acquise de bonne foi [77]. Il en résulte que jamais le débiteur ou ses héritiers ne peuvent usucaper la liberté de la chose, pas plus que les tiers possesseurs qui savent que la chose est hypothéquée ou engagée. Cependant même les possesseurs de mauvaise foi peuvent après trente ans opposer la *præscriptio temporalis* à l'action hypothécaire dirigée

[72] Fr. 3, D., *quib. mod.* 20, 6. — Fr. 4, § 3, D., *de in diem addict.* 18, 2.— L. 3, § 3, C., *commun. de leg.* 6, 43.

[73] Fr. 31, D., *de pignor.* 20, 1.

[74] Voir ci-dessus § 245, note 33.

[75] Voir ci-dessus § 198, notes 22 et suiv. Fr. 44, § 5, D., *de usurpat.* 41, 3. — Fr. 5, § 1. Fr. 12, D., *de div. temp. præsc.* 44, 3. — L. 7, C., *de obligat. et act.* 4, 10.

[76] L. 8, pr. C., *de præsc. XXX vel XL ann.* 7, 39. « Si quis emtionis vel donationis vel alterius cujuscunque contractus titulo rem aliquam bona fide per decem vel viginti annos possederit, et longi temporis exceptionem contra dominos ejus, vel creditores hypothecam ejus prætendentes sibi acquisierit, posteaque fortuito casu possessionem ejus rei perdiderit, posse eum etiam actionem ad vindicandam rem eandem habere sancimus... »

[77] L. 8, § 1, C., *de præscr. XXX vel XL ann.* 7, 39.

[78] L. 8, § 1, C., *eod.* Voyez en général sur cette matière, ci-dessus § 144, note 34.

contre eux. Le délai est de quarante ans pour le débiteur et ses héritiers.

7° Par la vente de la chose régulièrement faite par le créancier. Elle éteint non-seulement le droit du créancier qui fait vendre, mais encore toutes les hypothèques postérieures [79].

[79] L. 6. 7, C., *de oblig. et act.* 4, 10. — L. 6, C., *qui potiores in pignore habeantur* 8, 18. — L. 1, C., *si antiquior creditor pignus vendiderit* 8, 20.

FIN DU TOME PREMIER.